Münster. 1928, № 25 Jur. Diss.

Der augenblickliche Stand der Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von

Josef Wacup,

Gerichtsreferendar aus Dortmund

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1928

Referent: Herr Geheimer Justizrat Professor Dr. Krückmann.
Korreferent: Herr Professor Dr. His.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt

Seite

I. § 1. Einleitung 1

II. Die Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage in der Darstellung ihrer Begründer.
§ 2. Windscheids Lehre von der Voraussetzung 2
§ 3. Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus bei Stahl und Krückmann 8
§ 4. Oertmanns Lehre von der Geschäftsgrundlage 13
§ 5. Lochers Lehre von der Geschäftsgrundlage 18

III. Die Auslegung des Vertrages als Lösung des Problems.
§ 6. Der Charakter des Vertrages 23
§ 7. Der status rerum und seine Bedeutung für die Feststellung des Vertragscharakters 26
§ 8. Die Folgen, die sich daraus ergeben, daß ein Vertragsverhältnis nicht den vom Vertrage gewollten Charakter trägt (clausula rebus sic stantibus) 39

IV. Die clausula rebus sic stantibus im bürgerlichen Recht.
§ 9. Die vom Gesetzgeber ausdrücklich geregelten Fälle 52
§ 10. Die positive Vertragsverletzung 57
§ 11. Das Synallagma 58
§ 12. Preisschwankungen 62
§ 13. Geldentwertung 68

V. Die clausula rebus sic stantibus im öffentlichen Recht.
§ 14. Verwaltungsrecht 75
§ 15. Staatsrecht 79
§ 16. Völkerrecht 81

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554813_0086

Literatur

Abraham, Zur Plenarentscheidung des Reichsgerichtes vom 31. 3. 1925. (JW. 1925 S. 1343.)

— Die „neue Clausula". (JW. 1924 S. 1583.)

Adler, Über den Einfluß des Krieges auf Lieferungsverträge. (Grünhuts Zeitschrift für privates und öffentliches Recht der Gegenwart Bd. 42, 1916.)

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 5. Aufl. 1926.

Anzilotti, Corso di diritto internazionale. Volume primo, terza edizione, 1928.

Becker, Die Reichsabgabenordnung. 5. Aufl. 1926.

Bielschowsky, Der Einfluß veränderter Verhältnisse auf gegenseitige Verträge (clausula rebus sic stantibus). Eine Übersicht über die deutsche und ausländische Rechtsprechung. 1923.

Bismarck, Gedanken und Erinnerungen. Bd. II. 1898.

Böckel, Die Veränderungen der Vertragsgrundlagen (clausula rebus sic stantibus). 1922.

Bonfils-Fauchille, Traité de droit international public. 8. Aufl. Tome Ier, troisième Partie, 1926.

Bonucci, Die clausula rebus sic stantibus im zwischenstaatlichen Recht. Ins Deutsche übertragen von Josef Kohler. In Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht 1910 Bd. IV S. 449 ff.

Bühler, Reichsgericht und Gesetzgebung zum Problem der Preisumwälzung. (JW. 1921 S. 875 ff.)

Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung. Bern 1925.

— Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht. (Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens dem Schweizerischen Bundesgerichte dargebracht von der juristischen Fakultät der Universität Bern, 1924.)

Cavaglieri, La funzione della clausula „Rebus sic stantibus" nei trattati internazionali. Archivio Giuridico Nuova Serie Vol. XII, 1903, p. 106 ff.

Cicero, De Officiis l. I. Ausgabe von C. F. W. Müller. 1879. IV, 3.

Cohen, Die Windscheidsche Voraussetzung infolge des Krieges „rediviva". (JW. 1916 S. 109 ff.)

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 7. Aufl. 1922.

Crome, Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege. (Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 115.)

Danz, Grundsätze über Treu und Glauben im Bankverkehr. 1909.

Darmstaedter, Recht und Rechtsordnung. Ein Beitrag zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. 1925.

Despagnet, Cours de droit international public. 4. Aufl. 1910.
Diehl, Die Wert- und Preislehre in nationalökonomischer und juristischer Betrachtungsweise. (Festgabe für Rudolf Stammler 1926.)
Dove, Die Krisis des Vertragsrechts. („Wirtschaft und Recht" 1921 Nr. 1.)
Dowe, Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung. (JW. 1916 S. 369.)
Dusi, Sulla clausula „rebus sic stantibus". (Rivista del diritto commerciale Volume XIII parte seconda 1915, 2 p. 148 ff.)
Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung. 1893.
Eickemeyer, Der Streit um die Vertragstreue im Ausland. Folgerungen für das deutsche Recht. (Gruchots Beitr. Bd. 66, 1923, S. 129.)
Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 1910.
Endemann, Preisumsturz und Vertragsbindung. (JW. 1921 S. 8 ff.)
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. Abt. 11. Bearbeitung 1926, 2. Abt. 10. Bearbeitung 1927.
Erler, Scheidung schuldlos zerrütteter Ehen. (DJZ. 1927 Sp. 348 ff.)
Ersch-Gruber, Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaft und Künste, in alphabetischer Folge von genannten Schriftstellern bearbeitet. 17. Teil, 1828.
Ewald, Der Irrtum über sich selbst. Eine Abhandlung über § 119 Abs. 2 BGB. und Oertmanns Lehre vom Fehlen der Vertragsgrundlage. (Gruchots Beitr. 1923.)
Fenwick, International Law. London 1924.
Fick, Die Frage der Aufwertung und der Einfluß wirtschaftlicher Katastrophen auf bestehende Verträge nach schweizerischem Recht. 1925.
Fleischmann, Grenzen der Rechtswirksamkeit einer Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen. (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 61. Jahrg. 1917 5. Heft S. 689 ff.)
Fritze, Clausula rebus sic stantibus. (Arch. f. bürg. Recht Bd. 17.)
Fuchs, E., Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsdenken. („Die Justiz" Bd. I Heft 4.)
— Die moderne Rechtsfindung. (JW. 1914 S. 270 ff.)
— Vertragstreue und Vertragsorthodoxie. („Recht und Wirtschaft" 1920 S. 236 f.)
— Vertragstreue und Shylockismus. (LZ. 1921 Sp. 481 ff.)
Fuchs, Gustav, Der Einfluß des Krieges auf bestehende Leistungsverträge nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. 1916.
Geiler, Die Geldentwertung als Gesetzgebungsproblem des Privatrechts. 1922.
Gemma, Appunti di diritto internazionale. 1923.
Giese, Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 5. Aufl. 1923.
Goldschmidt, Die Aufwertungskrise. Ein Ergebnis der Lehre vom Nominalismus des Geldes und des Rechtes. 1926.
— Gesetzesdämmerung. (JW. 1924 S. 245 ff.)
Gradenwitz, Über den Begriff der Voraussetzung. 1880.
Grau, Rechtsprechung oder Gesetzgebung zur Anpassung des Privatrechts an die veränderten Verhältnisse? (Archiv f. ziv. Praxis N. F. Bd. 2.)
Grieshaber, Richterliche Änderung von Vertragsbestimmungen und clausula rebus sic stantibus. (Badische Rechtspraxis 1921 S. 92.)
Grimm, Die Einwirkung des Krieges auf internationale Lieferungsverträge nach dem französisch-belgischen Recht und dem Friedensvertrag von Versailles. 1922.

Grub, Die Lehre von der Clausula rebus sic stantibus im Privatrecht. 1915.
Gschnitzer, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht. (Jherings Jahrb. 1926 Bd. 76 S. 317 ff.)
Gutzwiller, Zur Lehre von der „Natur der Sache". (Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, 1924.)
Hall, A Treatise on international law, eight edition. Edited by Higgins, 1924.
Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, 1918.
Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, 1911.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alex. Elster, Bd. 1, Berlin.
Hatschek, Deutsches und Preußisches Staatsrecht. 1922/23.
— Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamer Staatsakte. 1923.
Haußmann, Die Zumutbarkeit der Leistung bei Veränderung der Vertragsgrundlagen. Zur Lehre von der Clausula rebus sic stantibus. (JW. 1915 S. 634 ff.)
Heck, Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft. (Arch. f. ziv. Prax. N. F. Bd. 2.)
— Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht. (Arch. f. ziv. Prax. N. F. Bd. 2.)
Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1920.
Heffter-Geffken, Europäisches Völkerrecht. 7. Aufl.
Heilfron, Die Aufwertungsgesetzgebung. Leipzig 1925.
Heinsheimer, Lieferungsverweigerung wegen veränderter Wirtschaftslage. (DJZ. 1920 S. 669.)
Henle, Mark gleich Mark? 1923.
— Unterstellung und Versicherung, Untersuchungen zu bürgerlichem Recht, Versicherungsrecht und Methodenlehre. 1922.
— Treu und Glauben im Rechtsverkehr. 1912.
Herzfeld, Die Stellung der clausula rebus sic stantibus im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Greifswald 1917.
Hipp, Rückforderung wegen Wegfall des Zweckes. Diss. Göttingen 1889.
Hueck, Der Sukzessivlieferungsvertrag. 1918.
Hüfner, Die Haftung der ausländischen Versicherungsgesellschaften und die deutsche Aufwertungsgesetzgebung. (LZ. 1926 Nr. 11.)
Jacobi, Die Ersatzpflicht des Vermieters eines ihm nicht gehörigen Grundstücks im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks und der Kündigung durch den Ersteher. Glossen zu zwei Reichsgerichtsentscheidungen. Zugleich ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. (Jherings Jahrb. Bd. 75.)
— Über den Irrtum in der Berechnung. (Jherings Jahrb. Bd. 70, 1921, S. 110 ff.)
Jaeckel, Die wichtigsten über die clausula rebus sic stantibus bestehenden Theorien und deren Bedeutung für die Praxis. Diss. 1919.
Jellinek, Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. 4. Neudruck, 1922.
Josef, Die clausula rebus sic stantibus bei Verträgen des öffentlichen Rechts. (Preußisches Verwaltungsblatt 45. Jahrg. S. 436 ff.)
— Freie Rechtsfindung, rechtliche Form und wirtschaftlicher Inhalt des Geschäfts, agere in fraudem legis. (LZ. 1926 Nr. 11.)
Jung, Rechtsregel und Rechtsgewissen. Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 118 S. 1 ff.)

Kahl, Zur Reform des Ehescheidungsrechts. (DJZ. 1927 Sp. 553 ff.)
Katz, Vertragstreue. („Recht und Wirtschaft" 1920 S. 136 ff.)
Kaufmann, E., Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe. 1911.
Kiefersauer, Fritz, Die Aufwertungsgesetze nebst ergänzendem Anhang und Durchführungsbestimmungen. München 1925.
Kiehl, Die Einwirkung eines Umschwungs der wirtschaftlichen Verhältnisse auf Verträge. (Gruchots Beitr. Bd. 66 S. 140 ff.)
Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. 1905.
Kohler, Rechtsinhalt, Rechtsfolge, Voraussetzung. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101.)
Kratz, Zur Lehre von der Clausula rebus sic stantibus (Abänderung von Pachtverträgen über Bergwerksgelände wegen veränderter Verhältnisse). „Recht und Wirtschaft" 1922 Sp. 425 ff.
Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101.)
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Zweiter Beitrag. (Jherings Jahrbuch Bd. 59, 1911.)
— Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 116 S. 157 ff.)
— Ein Beitrag zur Geldentwertung und Vertragsgrundlage unter besonderer Berücksichtigung der Haftpflichtversicherung. Rechtsgutachten, erstattet auf Ansuchen des Allgemeinen Deutschen Versicherungsvereins in Stuttgart. (Jherings Jahrb. Bd. 75.)
— Clausula rebus sic stantibus und Verteilungseinrede. (LZ. 1920 Sp. 545 ff., 621 ff.)
— Zur clausula rebus sic stantibus. (LZ. 1921 Sp. 583—591.)
— Clausula rebus sic stantibus. (JW. 1921 S. 453 f.)
— Mißverständliches zur clausula rebus sic stantibus. (JW. 1921 S. 1447 f.)
— Neue Beiträge zur clausula rebus sic stantibus. (JW. 1923 S. 115 f.)
Lahusen, Zur clausula rebus sic stantibus. (JW. 1922 S. 1180 ff.)
v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. Bd. 1, 1917; Bd. 2, 1925 (7. Aufl.)
Leetz, Die clausula rebus sic stantibus bei Lieferungsverträgen. 1919.
Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1922.
Lehmann-Boesebeck, Kommentar zum Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen. Stuttgart 1925.
Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74.)
— Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 79.)
— Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. (Arch. f. ziv. Prax. N. F. 3 S. 161 ff.)
— La clausula „rebus sic stantibus". (Revista de Derecho Privado Año X p. 193 s.)
Leonhard, Franz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 120.)
— Bewertung des landwirtschaftlichen Inventars. 1921.
Lesser, Hat der Vorleistungspflichtige bei Erfüllungsweigerung des Nachleistungspflichtigen ein Zurückbehaltungsrecht? (JW. 1914 S. 508 f.)

Lindt, Die sogenannte clausula rebus sic stantibus und ihre Regelung im schweizerischen Zivilgesetzbuche. („Hessische Rechtsprechung" 20. Jahrg., 1919, Sp. 123 ff.)
v. Liszt-Fleischmann, Völkerrecht. 12. Aufl. 1925.
Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck. (Arch. f. ziv. Prax. N. F. Bd. 1 S. 1 ff.)
Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I: Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1926, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1924.
Manigk, Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. Beiträge zur Lehre vom Konsens und Dissens. (Jherings Jahrb. Bd. 75.)
— Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. 1907.
Mautner, Wörterbuch der Philosophie. 1910.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. 1914 bis 1919.
Michaelis, Das Aufwertungsrecht nach den Aufwertungsgesetzen und nach allgemeinem bürgerlichen Rechte. 1926.
Mügel, Kommentar zum Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1925 und systematische Darstellung des sonstigen Aufwertungsrechts. 1925.
— Kommentar zur Durchführungsverordnung zum Aufwertungsgesetz vom 29. 11. 1925. 1926.
— Das gesamte Aufwertungsrecht. 5. Aufl. 1927.
Müller (Zürich), Die Einwirkung der Währung auf die privatrechtlichen Verhältnisse.
Müller-Erzbach, Rechtsfindung auf realer Grundlage. (DJZ. 1906 Sp. 235.)
Niemeyer, Völkerrecht. 1923.
Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung. 1921.
Nußbaum, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts. 1925.
Nys, Le droit international, les principes, les théories, les faits. Deuxième édition 1904 (tome premier), 1905 (tome II), 1906 (tome III).
Oertmann, Entgeltliche Geschäfte. 1912.
— Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach bürgerlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision. 1914.
— Doppelseitiger Irrtum beim Vertragsschlusse. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 117.)
— Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff. 1921.
— Die Folgen der Herstellungsverteuerungen in der deutschen Industrie. (JW. 1921 S. 1512 ff.)
— Die Geschäftsgrundlage und ihr Wegfall im Arbeitsrecht. (Arbeitsrecht 1924 Sp. 153 ff.)
— Einrede und Verzug. (ZHR. Bd. 78.)
— Bürgerliches Gesetzbuch. Allg. Teil. 3. Aufl. 1927.
Pfaff, Die Clausel: „Rebus sic stantibus" in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung. Festschrift für Unger, 1898.
Piédelièvre, Précis de droit international public ou droit des gens. 1894 f.
Pinkus, Ein neues Anwendungsgebiet der clausula rebus sic stantibus. (JW. 1925 S. 452.)

Pinzger, Zur Frage nach der Bedeutung veränderter Umstände. (Recht 1913 S. 163.)
Plum, Der Einfluß des Krieges und der Revolution auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung. (JW. 1921 S. 51 ff.)
Polybius, Historiae liber IX. Ausgabe von Büttner-Wobst, 1893, Bd. III.
Popitz, Der Einfluß des Krieges und des Kriegszustandes auf das Staats- und Verwaltungsrecht. (PrVerwBl. 1914 Nr. 49 S. 869 ff.)
Quassowski, Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen. 5. Aufl. 1927.
Referentenentwurf einer Denkschrift über die Aufwertung. Verfaßt im Reichsfinanzministerium. 1925.
Regelsberger, Anspruch des Gläubigers auf Leistung von Sicherheit für betagte oder bedingte Forderungen wegen Eintritts einer Verschlechterung in der Vermögenslage des Schuldners. (Jherings Jahrb. Bd. 40 S. 451 ff.)
Reichel, Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. (Festgabe für Rudolf Stammler, 1926.)
— Vertragstreue im Auslandsgeschäft. („Recht und Wirtschaft" 1920 S. 188 f.)
Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 6. Aufl. 1928.
Reiling, Zur Frage der Aufhebung und Abänderung von Verträgen wegen veränderter Umstände. (JW. 1921 S. 20 ff.)
Rhode, Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt. (Arch. f. ziv. Prax. N. F. Bd. 4 Heft 3.)
Rosenthal, Vertragstreue. Eine Entgegnung. („Recht und Wirtschaft" 1920 S. 167 ff.)
Roth, Alfons, Die Aufwertung. Systematische Bearbeitung des Aufwertungsproblems und der Aufwertungsvorschriften unter umfassender Berücksichtigung der Rechtsprechung und Literatur. Berlin.
Rümelin, Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiete des Privatrechts. (Arch. f. ziv. Prax. N. F. Bd. 2.)
Salvioli, Sulla clausula „rebus sic stantibus" nei trattati internazionali. Rivista di Diritto internazionale 1914 Anno VIII p. 264 ss.
Saenger, Lücken im Recht. (JW. 1916 S. 1308 ff.)
Schlegelberger, Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen. Berlin 1925.
Schmeißer, Der Einfluß des Krieges auf die Hauptverträge des Bürgerlichen Gesetzbuches; unter besonderer Berücksichtigung des Dienstvertrages. 1915.
Schmidt, Bruno, Über die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus sowie einige verwandte Völkerrechtsnormen. Zugleich ein Beitrag zu grundsätzlichen Problemen der Rechtslehre. 1907.
Schneider, Treu und Glauben im Sinne des BGB. (DJZ. 1903 Sp. 232.)
— Treu und Glauben in der Rechtsanwendung. (LZ. 16 Sp. 1466.)
Schoen, Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichtes. (Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, 1925.)
Schumacher, Endgültige Aufwertung. Eine Darstellung der Aufwertungsfragen. Essen 1925.
Seneca, De beneficiis liber IV. Ausgabe von Honius, 1914.
Siber, Die stillschweigende Kriegsklausel. (Gruchots Beiträge Bd. 60 S. 458 ff.)

Siegwart, Der Einfluß veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit dem Kriege. (In Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg [Schweiz], 1924.)
Silberschmidt, Die clausula rebus sic stantibus im BGB. (Seufferts Blätter f. Rechtsanw. 67. Jahrg. S. 149.)
Soblick, Der rechtsgeschäftliche Zweckwille. Ein Beitrag zur Wertbewegungslehre. 1919.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1926.
39. Spruchsammlung der Deutschen Juristen-Zeitung. 1925.
Stahl, Die sogenannte clausula rebus sic stantibus im BGB. 1909.
Stammler, Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit. 2. Aufl. 1925.
— Die Lehre von dem richtigen Recht. 1902.
— Änderung laufender Verträge. (Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins 1922 S. 1 ff. u. 49 ff.)
Stampe, Richtlinien für die Clausula-Praxis. (Jherings Jahrb. 1922.)
— Gesetz und Richterrecht. (DJZ. 1905 Sp. 1017.)
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. 1904.
Staub-Koenige, Kommentar zum HGB. Bd. 3, 12. u. 13. Aufl. 1926.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. 1. 9. Aufl. 1925.
Stern, Die kaufmännischen Lieferungsgeschäfte und die gebräuchlichsten Klauseln beim Handelskauf unter Berücksichtigung vieler wichtiger Notverordnungen. 1924.
Stier-Somlo u. Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. 1. 1926.
Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre. (Jherings Jahrb. Bd. 76 S. 134 ff.)
Strupp, Theorie und Praxis des Völkerrechts. Ein Grundriß zum akademischen Gebrauch und zum Selbststudium. 1925.
Tartarin-Tarnheyden, Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis. (Festgabe für Rudolf Stammler, 1926.)
Tezner, Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrechte. (Verwaltungsarchiv Bd. 19 S. 128 ff.)
Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt. („Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart" 1921.)
Triepel, Völkerrecht und Landesrecht. 1899.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. Hälfte 1914, 2. Hälfte 1918.
Ullmann, Völkerrecht. (Neubearbeitung der 1. Aufl.) 1908.
Del Vecchio, Die Grundprinzipien des Rechts. 1923.
Wagemann, G., Die neuen Aufwertungsgesetze mit Durchführungsbestimmungen. Berlin 1925.
Wahl, Le Droit Civil et Commercial de la Guerre. Tome deuxième 1918.
Wahle, Das Valorisationsproblem.
v. Waldkirch, Das Völkerrecht in seinen Grundzügen dargestellt. 1926.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1919 ff.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 100.)
Westlake, International Law. Bd. 1 1904, Bd. 2 1907.

Weygand, Geldentwertung und Liefergeschäfte. 1924.
Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.
— Die Voraussetzung. (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 78.)
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1906.
Wollweber, Gefahren der neueren „Clausula"-Rechtsprechung des Reichsgerichts. (JW. 1923 S. 918 f.)
Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 1911.
Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie Bd. 2, 1925.
Zeiler, Zweihundertfünfzig Aufwertungsfälle vom Reichsgericht. 1927.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.
Zorn, Reichsstaatsrecht I. 2. Aufl. 1895.

I.

§ 1.

Einleitung.

Die Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage behandeln die Frage, ob und inwieweit ein Schuldner zur Leistung verpflichtet ist, wenn die Umstände, unter denen er leisten soll, anders sind, als bei Begründung des Schuldverhältnisses anzunehmen war.

Die Gemeinsamkeit des Problems hat häufig dazu geführt, die genannten Lehren als eine Lehre zu betrachten und die Begriffe der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage durcheinander zu gebrauchen. So faßt z. B. Böckel die clausula rebus sic stantibus als die Annahme auf, bei allen gegenseitigen Verträgen sei stillschweigend vorausgesetzt, daß nicht nach Vertragsschluß und vor Erfüllung eine wesentliche Veränderung der Vertragsgrundlage eintrete, die entschuldbarerweise bei Vertragsabschluß nicht in Rechnung gestellt worden sei[1]). Ebenso meint Endemann, daß „jedem auf längere Zeitdauer abgestellten Lieferungsversprechen die clausula rebus sic stantibus innewohnt, wenigstens insoweit, als darin der gesunde Rechtsgedanke steckt, daß ein Versprechen nicht mehr Geltung haben soll, wenn die vertragsmäßigen Grundlagen und konsentierten Voraussetzungen völlig verändert sind und eine sinngemäße Erfüllung nicht mehr gestatten“[2]). So spricht auch das Reichsgericht in Bd. 103 S. 332 und Bd. 106 S. 8 f. unter der Überschrift: „clausula rebus sic stantibus“ von der Geschäftsgrundlage; die Entscheidung RG. Bd. 21 S. 180 trägt die Überschrift: „Klausel rebus sic stantibus“ und wird im Sachregister unter „Voraussetzung“ aufgeführt[3]). Dazu kommt, daß viele Ausführungen, die sich auf unser Problem beziehen, zwischen Voraussetzung, Klausel und Geschäftsgrundlage nicht besonders unterscheiden.

---

[1]) Böckel, Die Veränderung der Vertragsgrundlage (clausula rebus sic stantibus) 1922 S. 47.

[2]) Endemann, JW. 1921 S. 8.

[3]) Siehe auch Krückmann, Clausula S. 203; Fick a. a. O. S. 48; Dusi a. a. O. p. 152; RG. Recht 1921 Nr. 1290; RG. JW. 1924 S. 1138.

Wenn wir daher im folgenden den augenblicklichen Stand der Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage darstellen wollen, so scheint nichts näher zu liegen, als dem im vorstehenden genannten Zuge zu folgen und Krückmanns Anregung[4]) entsprechend die drei Lehren auf eine Grundform zurückzuführen. Zu diesem Zwecke müssen wir eine möglichst genaue Darstellung der einzelnen Lehren vorausschicken.

Wir beginnen mit der von Windscheid begründeten Lehre von der Voraussetzung. Diese Lehre ist häufig mißverstanden worden, weil Windscheids Aussprüche über seine Lehre in mehreren Abhandlungen zerstreut sind. Wir werden im folgenden diese Ausführungen zusammenstellen und versuchen, bei möglichst wortgetreuer Wiedergabe eine geschlossene Darstellung der Lehre zu geben[5]).

II. Die Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage in der Darstellung ihrer Begründer.

§ 2.

Windscheids Lehre von der Voraussetzung[1]).

Die Voraussetzung gehört zu den Selbstbeschränkungen des Willens[2]). Sie gliedert sich in Annahme und Erwartung[3]) und kann auf ein Vergangenes, ein Gegenwärtiges oder ein Zukünftiges, auf ein Sein oder Nichtsein, auf ein Ereignis oder einen Zustand gehen[4]).

Wenn der vorausgesetzte Zustand der Dinge nicht ist oder nicht eintritt oder aufhört zu sein, so besteht das durch die Willenserklärung begründete Rechtsverhältnis nicht ohne und doch gegen den Willen des Erklärenden. Es besteht mit seinem wirklichen, aber gegen seinen eigentlichen Willen[5]).

Hat der Erklärende auch nicht gewollt, daß die als gewollt erklärte rechtliche Folge nur dann eintreten solle, wenn die Voraussetzung sich

---

[4]) JW. 1922 S. 705.

[5]) Die besondere Hervorhebung der wörtlich übernommenen Stellen wirkt störend und soll daher unterbleiben.

[1]) Windscheid-Kipp, Pandekten §§ 97 ff.; über die Vorläufer der Voraussetzungslehre vgl. Pfaff a. a. O. S. 292.

[2]) Windscheid, Voraussetzung S. 1.

[3]) Henle, Unterstellung S. 16.

[4]) Windscheid, Voraussetzung S. 10.

[5]) Windscheid, Voraussetzung S. 1.

als der Wirklichkeit entsprechend erweist, so hat er doch in der Hinzufügung der Voraussetzung an den Tag gelegt, daß er die rechtliche Folge nicht wollen würde, wenn er nicht annähme, daß das Vorausgesetzte wirklich sei oder sein werde[6]).

Darum liegt in der Hinzufügung einer Voraussetzung ein Vorbehalt des Inhalts, daß der Erklärende bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten an seine Erklärung nicht gebunden sein will und die durch die Willenserklärung erzielte rechtliche Folge nicht gegen ihn soll geltend gemacht werden, weder zum Fordern noch zum Behalten. Dieser Vorbehalt gibt die Grundlage ab für die römische exceptio und condictio[6]).

Die Voraussetzung ist mit der Bedingung eng verwandt. Man kann sie geradezu eine unentwickelte Bedingung nennen[7]), womit freilich nicht so sehr eine Begriffsbestimmung gegeben, als die Richtung bezeichnet werden soll, nach welcher sich die Voraussetzung bewegt[8]). Wer nämlich etwas voraussetzt, nimmt dessen Wirklichkeit an und macht darum das Eintreten der als gewollt bezeichneten rechtlichen Folge nicht von der Wirklichkeit des vorausgesetzten Umstandes abhängig[9]); er sagt: ich will, würde freilich nicht wollen, wenn nicht —[8]). Wer dagegen eine Willenserklärung unter der Bedingung abgibt, geht von der Ungewißheit des in der Bedingung bezeichneten Umstandes aus und will eben deswegen, daß die als gewollt bezeichnete rechtliche Folge nur für den Fall der Wirklichkeit des Umstandes eintreten solle, nur dann, wenn —[10]).

Versteht man unter Beweggrund jeden Umstand, der vor der Abgabe einer Willenserklärung von dem Erklärenden in Betracht gezogen worden ist, legt man also dem Wort den Sinn bei, in dem es in dem Ausdruck „Irrtum im Beweggrund" verstanden wird, so ist die Voraussetzung nur ein besonders qualifizierter Beweggrund. Versteht man dagegen unter Beweggrund das, was den ersten Anstoß zu einer Willenserklärung gegeben hat, so fallen Voraussetzung und Beweggrund auseinander; denn Voraussetzung ist nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde[11]).

Noch mit einer dritten Lehre tritt die Voraussetzung in Berührung: mit der Lehre vom Haben ohne Grund; denn wer etwas aus

---

[6]) Windscheid, ArchZivPrax. Bd. 78 S. 166 f.
[7]) Windscheid, Voraussetzung S. 1.
[8]) Windscheid, ArchZivPrax. Bd. 78 S. 195.
[9]) Windscheid, ArchZivPrax. Bd. 78 S. 163.
[10]) Windscheid, ArchZivPrax. Bd. 78 S. 163.
[11]) Windscheid, Voraussetzung S. 7.

einer Willenserklärung hat, deren Voraussetzung ermangelt, hat es ohne Grund; die gegen ihn begründete Klage ist daher eine condictio[12]).

Den Mangel einer Voraussetzung braucht nur der gegen sich gelten lassen, dem diese Beschränkung des Willens als eine erkennbare entgegengetreten ist[13]). Das ist aber nicht nur dann der Fall, wenn der vorausgesetzte Umstand ausdrücklich hervorgehoben und als Voraussetzung bezeichnet worden ist. Vielmehr ist auch die erste Absicht, vor der keine anderen stehen, eine erkennbare Voraussetzung, denn diese Absicht entläßt den Willen, den sie erzeugt hat, nicht aus der Abhängigkeit. Dieser Absicht gegenüber stellt sich der Wille nicht als ein selbständiger hin, weil er erst durch sie lebensfähig wird; ohne sie ist nur ein Schatten vorhanden, ein Schemen ohne Fleisch und Bein, eine Vermögensaufopferung schlechthin, eine Vermögensaufopferung in abstracto, ein Ding, das gewiß nicht gewollt ist, — und doch gewollt ist, — wirklich gewollt ist, aber nicht eigentlich. Wer aber nicht leugnen kann, daß ihm in einer ersten Absicht geleistet worden ist, kann auch nicht leugnen, daß ihm unter der Voraussetzung ihrer Erreichung geleistet ist[14]).

Auch in anderen Fällen ist es einer Partei nicht verwehrt, nach dem Wegfall einer Voraussetzung darzutun, daß nach dem Inhalte der maßgebenden Willenserklärung nicht anzunehmen gewesen sei, und der Gegner auch nicht habe annehmen dürfen, daß die Leistung oder Verpflichtung schlechthin, also auch für den nun vorliegenden Fall, erfolgt sei. Denn wenn man die Geltendmachung einer Voraussetzung auf die beiden zunächst genannten Gruppen von Fällen beschränken wollte, würde man sehr unrecht tun, weil man, wozu kein Grund besteht, die Möglichkeit einer stillschweigenden Willenserklärung für das Gebiet der Voraussetzung ausschließen würde. Freilich ist nicht zu verkennen, daß gerade hier die Schlüsse, auf die sich die Partei beruft, sehr häufig ein zweifelloses Resultat nicht gewähren werden und die Gefahr vorhanden ist, daß eine leichtsinnige Rechtsanwendung die Sicherheit des Verkehrs in ungemeinem Grade beeinträchtigt[15]).

Für die gesetzgeberische Bearbeitung der Voraussetzungslehre empfiehlt sich folgende Fassung:

„Wer bei einer Willenserklärung an den Tag legt, daß er sie nicht abgeben würde, wenn er nicht von einer bestimmten Annahme (oder:

---

[12]) Windscheid, Voraussetzung S. 3.
[13]) Windscheid, Voraussetzung S. 83.
[14]) Windscheid, Voraussetzung S. 83 f. und ArchZivPrax. Bd. 78 S. 174 f.
[15]) Windscheid, Voraussetzung S. 108 f., ArchZivPrax. Bd. 78 S. 201.

Annahme oder Erwartung) ausginge, ist an die Willenserklärung nicht gebunden, wenn sich die Annahme (Erwartung) nicht bewährt."[16])

Diese Fassung vermeidet das Wort Voraussetzung, damit nicht etwas als Voraussetzung behandelt wird, was Voraussetzung im Rechtssinne, nämlich Selbstbeschränkung des Willens, nicht ist. Sie läßt auch erkennen, daß die bloße Mitteilung der Motive zur Begründung einer Voraussetzung im Rechtssinne nicht genügt, sondern die Willensbeschränkung erkennbar sein muß[17]).

Wie sich aus vorstehender Darstellung ergibt, liegt in der Hinzufügung einer Windscheidschen Voraussetzung nicht die Erklärung dessen, was man will, sondern eine Erklärung dessen, was man unter bestimmten Umständen wollen würde. Darum hat Lenel recht, wenn er sagt[18]), daß die Hinzufügung einer Windscheidschen Voraussetzung keine Willenserklärung im juristischen Sinne ist. Ist die Voraussetzung aber nicht Willensinhalt, so kann sie, wie Lenel mit aller Schärfe betont, nur ein Motiv sein, weil es ein Mittelding zwischen Motiv und Willenserklärung nicht gibt[19]). Ist die Voraussetzung aber nur Motiv, dann ist sie, wie Lenel weiter ausführt, unerheblich und gewinnt auch dadurch keine Bedeutung, daß sie dem Gegner mitgeteilt worden ist[20]). Wollte man das mitgeteilte Motiv, die Voraussetzung, im Sinne der Voraussetzungslehre gelten lassen, so würde das nach Lenel das Ende aller Verkehrssicherheit bedeuten, weil die eine Vertragspartei dann allen unlauteren Machenschaften der anderen ausgesetzt wäre[21]).

Lenel hat ferner auf die psychologischen Bedenken hingewiesen, die sich gegen die Voraussetzungslehre in der von Windscheid vorgetragenen Gestalt ergeben. Nach Windscheid ist derjenige, der ausdrücklich erklärt, daß er in Voraussetzung einer bestimmten Tatsache handele, von der Richtigkeit des vorausgesetzten Umstandes überzeugt. Das ist aber, wie Lenel mit Recht betont[22]), geradezu psychologisch unmöglich, denn wer eine Tatsache voraussetzt, d. h. als gewiß annimmt, hat keine Veranlassung, einen Vorbehalt für den Fall zu

---

[16]) Windscheid, ArchZivPrax. Bd. 78 S. 200 f.
[17]) Windscheid, ArchZivPrax. Bd. 78 S. 198 f.
[18]) Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 60.
[19]) Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 51. So auch Gradenwitz a. a. O. S. 8; vgl. ferner ALR. I, 4 § 145: „Wird bei einer Erklärung eine gewisse Begebenheit oder Tatsache als eine solche, die entweder schon geschehen ist oder noch geschehen soll, bloß vorausgesetzt, so ist sie nur als ein Bewegungsgrund anzusehen."
[20]) Lenel, Revista de Derecho Privado 1923 p. 198.
[21]) Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 49, Revista 1923 p. 198.
[22]) Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 61.

machen, daß die Tatsache doch nicht wahr sein sollte[23]). Wer daher ausdrücklich unter einer Voraussetzung erklärt, gibt dadurch zu erkennen, und will auch zu erkennen geben, daß ihm der vorausgesetzte Umstand durchaus nicht gewiß ist. Darum glaubt Lenel den Satz aufstellen zu können: „Wer eine Voraussetzung ausdrücklich erklärt, der hegt sie nicht, und wer sie hegt, der erklärt sie nicht."[24]) Aus diesem Grunde ist auch die Bezeichnung Voraussetzung unglücklich gewählt. Wenn jemand eine Tatsache als wirklich annimmt und daraufhin handelt, so pflegt man nicht zu sagen, daß er bei seinem Handeln jene Tatsache „vorausgesetzt" habe. Das Wörtchen „voraus" in Voraussetzung hat vielmehr eine ähnliche Bedeutung wie das „vor" in Vorurteil. Wie dieses ein ohne zureichende Begründung gefaßtes Urteil ist, so ist Voraussetzung ein „Setzen im Voraus", ein Setzen vor geliefertem Beweis[25]).

Auch gegen die Hervorhebung des von Windscheid sogenannten ersten Zwecks hat sich Lenel gewandt[26]). Dieser Angriff geht aber fehl. Gewiß ist vom Standpunkt der sachlichen Wichtigkeit die Bevorzugung des ersten Zwecks nicht gerechtfertigt, weil die sachliche Wichtigkeit eines Zweckes nicht davon abhängt, ob er der erste oder zweite, dritte oder vierte Zweck der Zuwendung ist. Gewiß ist Windscheids Behauptung, daß sein erster Zweck die Vermögenszuwendung aus dem Nichts hervorrufe und daß daher die Vermögenszuwendung nicht auch für den Fall gewollt sei, daß der erste Zweck nicht erreicht wird, deshalb nicht durchschlagend, weil dasselbe auch von den entfernteren Zwecken gilt, ja um so mehr, je entfernter der Zweck ist, sich zudem auch Fälle denken lassen, in denen die Vermögenszuwendung zwar ohne den ersten, nicht aber ohne den entfernteren Zweck vorgenommen sein würde. Aber für Windscheid kommt es nicht auf die sachliche Wichtigkeit des Zwecks, sondern nur darauf an, daß die Eigenschaft eines Umstandes, erster Zweck der Willenserklärung zu sein, ein Anzeichen dafür ist, daß der Umstand erkennbar als Voraussetzung gewollt ist.

Ebenso ist es nicht richtig, daß die Voraussetzungslehre letzten Endes nur dazu führe, die Gegenpartei mit einer Bedingung zu belasten, die sie nicht angenommen hat und auch nicht angenommen haben würde[27]). Wer sich auf eine mit einer erkennbaren Voraussetzung verbundene Willenserklärung, etwa eine Offerte, und jede Annahme unter

---

[23]) Henle, Unterstellung S. 57; v. Tuhr a. a. O. Bd. 2 1. Hälfte S. 202 f.
[24]) Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 53.
[25]) Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 62 f.
[26]) Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 64 f.
[27]) Lenel, Revista p. 198.

Hinzufügung einer Voraussetzung ist eine Offerte[28]), einläßt, der weiß, daß die Voraussetzung zum Geschäftstatbestand gehört, es sei denn, daß er sie trotz der Erkennbarkeit nicht erkannt hat. In diesem Fall aber kann er höchstens seine Willenserklärung anfechten[29]).

Unrichtig ist es auch, wenn Rhode ausführt, die irrige Voraussetzung in der Willensbildung einer oder beider Parteien, selbst wenn sie geäußert wurde, sei deshalb ohne Einfluß auf den Inhalt der Erklärung, weil der Anerklärte weder rechtlich verpflichtet sei, noch auch sonst einen praktischen Grund habe, sich irgendwie um die ihm mitgeteilten Voraussetzungen der Willensbildung seines Gegners zu kümmern[30]). Denn daß der Gegner sehr wohl alle Veranlassung hat, derartige Voraussetzungen zu beachten, ergibt sich für Windscheid aus der von ihm behaupteten Funktion der Voraussetzung als Selbstbeschränkung des Willens.

Wenn sich somit auch nicht alle Angriffe auf die Lehre von der Voraussetzung als begründet erweisen, so sind doch immerhin so erhebliche Schwächen der Lehre zutage getreten, daß die allgemeine Ablehnung, die sie fast immer gefunden hat[31]) und auch heute noch findet[32]), durchaus verständlich ist.

Freilich ist diese Ablehnung mehr Schein als Wirklichkeit; sie richtet sich vornehmlich gegen die Konstruktion und hindert insbesondere auch das Reichsgericht nicht, hin und wieder bei seinen Entscheidungen die Voraussetzungslehre zu verwenden[33]). Das ist der beste Beweis dafür, daß in der Windscheidschen Lehre ein brauchbarer Kern steckt, und daß darum versucht werden muß, diesen Kern herauszufinden. Das verkennt letzten Endes auch Lenel nicht. Lenel stellt die Lösung des Problems auf die Zweckvereitelung und damit auf die Auslegung der Willenserklärung ab[34]). Soweit er und seine Anhänger, zu denen auch das Reichsgericht gehört, dabei die Voraussetzung

---

[28]) § 150 Abs. 2 BGB.

[29]) Vgl. Jacobi, Jherings Jahrb. Bd. 70 S. 37, 145, der die Anfechtung für den Fall zuläßt, daß jemand irrtümlich annimmt, die Voraussetzung erkennbar erklärt zu haben. Was für diesen Fall gilt, muß natürlich auch für den oben behandelten Fall gelten.

[30]) Rhode a. a. O. S. 316.

[31]) Vgl. Riezler bei Staudinger Bd. 1 9. Aufl. S. 649; ferner RG. Bd. 24 S. 170 f., Bd. 62 S. 267 f., Bd. 66 S. 132.

[32]) Vgl. Reichsgericht, LZ. 1921 Sp. 300; Locher, ArchZivPrax. N. F. Bd. 1 S. 1; Rhode a. a. O. S. 257; Lehmann a. a. O. S. 188; vgl. auch Jacobi, Jherings Jahrb. Bd. 70 S. 138; OLG. Dresden, Sächs. OLG. Bd. 36 S. 413; Katz in Recht und Wirtschaft 1920 Sp. 138; Fuchs ebenda Sp. 236.

[33]) RG. Bd. 60 S. 59, Bd. 90 S. 180 (anders S. 375); Recht 20 Nr. 2364; auch wohl JW. 1926 S. 790 Nr. 4.

[34]) Vgl. Lenel, ArchZivPrax. Bd. 79 S. 54.

gelegentlich in eine stillschweigende Bedingung umdeuten, ist indes die von Henle[35]) an diesem Verfahren geübte Kritik durchaus berechtigt.

§ 3.

Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus bei Stahl und Krückmann.

Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus trägt heute ihren Namen zu Unrecht. Denn man versteht unter clausula rebus sic stantibus nicht eine besondere Vertragsbestimmung, sondern Folgerungen, die aus dem Inhalte des Vertrags gezogen werden. Um diesen Folgen rechtliche Wirksamkeit zu verleihen, haben die älteren Vertreter der Klauselleh re zu dem Hilfsmittel der Fiktion gegriffen und sie als eine stillschweigende Vertragsklausel, die ohne weiteres jedem Vertrag innewohne, ausgegeben[36]). Diese Konstruktion ist heute nicht mehr üblich. Trotzdem ist die Bezeichnung clausula rebus sic stantibus beibehalten worden, weil man das Problem durch Jahrhunderte hindurch unter dieser Bezeichnung behandelt hat, das Problem auch unter dieser Bezeichnung bekannt, berühmt, freilich auch berüchtigt geworden ist[37]). Zudem weist die Bezeichnung Klausel darauf hin, daß es sich hier nicht wie bei der Voraussetzung um ein Anhängsel einer einzelnen Vertragsbestimmung handelt.

Was ist nun die clausula rebus sic stantibus?

Nach Stahl ist sie dasjenige Rechtsinstitut, welches bestimmt ist, einer nach Abschluß des Vertrages eintretenden Veränderung der Umstände Rechnung zu tragen[38]). Sie ist das Mittel, einen Vertrag aufzuheben oder abzuändern, dessen Wesen durch eine Veränderung der Umstände zerstört ist oder gefährdet erscheint[39]). Dabei sind unter

---

[35]) Unterstellung S. 40: „Das in Rechtslehre und Rechtsprechung beliebte Verfahren, angesichts solcher Voraussetzungen, welche man schlechterdings nicht ignorieren kann, des Altmeisters Windscheids Lehre von der Voraussetzung in bis zum Überdrusse wiederkehrenden Wendungen abzuschwören, darauf aber flugs die Voraussetzung zu einer stillschweigenden Bedingung oder Unterstellung umzufälschen, heißt anbeten, was man soeben verbrannt hat, heißt das Problem der Voraussetzung mit Keulen totschlagen, heißt endlich jede Rechtssicherheit auf diesem Gebiete zugrunde richten."

[36]) „in omnibus conventionibus, adeoque in sponsalibus contractis tacite subintelligenda clausula: si res in eodem statu permanserit." Vgl. zur Geschichte der Klauselleh re die Ausführungen von Pfaff, Fritze, Grub (siehe Literaturverzeichnis).

[37]) Stahl a. a. O. S. 48.

[38]) Stahl a. a. O. S. 53.

[39]) Stahl a. a. O. S. 20 und S. 68.

„Umstände" die zur Zeit des Vertrages äußerlich in Erscheinung tretenden Verhältnisse verstanden, die man gemeinhin als status rerum zusammenfaßt[40]). Infolgedessen scheidet aus dem Gebiet der Klauselehre der Fall aus, daß der status rerum zwar der gleiche geblieben ist, aber der einen oder anderen Vertragspartei zur Zeit des Vertragsabschlusses unbekannt war[40]). Stahl weist nach, daß die Klausel einer Reihe von Bestimmungen des BGB. zugrunde liegt. Daraus folgert er, daß die Klausel als allgemeines Prinzip im BGB. anerkannt worden ist. Hierauf stützt er die rechtliche Beachtbarkeit der Klausel[41]).

Von dieser Auffassung der Klauselehre weicht Krückmann ganz erheblich ab. Zwar ist auch Krückmann zunächst von dem Wesen des Vertrages ausgegangen, indem er die Klausel als die letzte Folgerung aus der Gegenseitigkeit des Vertrages bezeichnet hat[42]). Er hat dann aber die Klausel über den Vertrag hinaus auch auf andere Rechtsverhältnisse angewandt[43]) und das Gebiet der Klausel noch nach einer zweiten Richtung ausgedehnt, indem er den noch bei Stahl ausgeschlossenen Fall, daß die eine oder die andere Partei über den beim Vertragsabschluß vorliegenden status rerum irrt, gleichfalls in den Bereich der Klausel zieht[44]), das Schwergewicht der Klausel somit nicht auf den status rerum, wie er ist, sondern wie ihn sich die Parteien vorstellen, legt[45]), wie es früher bereits Silberschmidt[46]) und Springer[47]) gemacht haben.

Krückmann hat dann[48]) die Lösung des Problems in der ursprünglichen oder nachträglichen Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit des Rechtsverhältnisses gefunden[49]), die sich im einzelnen als

---

[40]) Stahl a. a. O. S. 53.

[41]) Stahl a. a. O. S. 51.

[42]) Krückmann, Clausula S. 189: „Die clausula rebus sic stantibus ist nichts als die letzte Folgerung aus der Gegenseitigkeit des Vertrages, sie erschöpft deren letzte Wirkungen, wird aber auch haarscharf genau durch sie begrenzt. Die clausula rebus sic stantibus fällt schlechterdings mit dem Synallagma zusammen."

[43]) Krückmann, JW. 1921 S. 453.

[44]) JW. 1921 S. 454.

[45]) Siehe Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 48.

[46]) Silberschmidt a. a. O. S. 149 f.

[47]) Vgl. Stahl a. a. O. S. 53 f.

[48]) in Clausula S. 309 wird diese Lösung bereits angedeutet: „Es ist nun einmal in dem Wesen der gegenseitigen Verträge begründet, daß die ausbedungene Leistung nicht zu etwas Unvernünftigem werden darf." Vgl. auch Stampe, Jherings Jahrb. Bd. 72 S. 362: „Überall muß der Vertrag, so wie er geschlossen ist, infolge der Störung für den von ihr Betroffenen sinnlos werden ..."

[49]) JW. 1921 S. 453, JW. 1922 S. 705 und noch häufiger.

beachtliche Ungewißheit über die Gegenleistung, als Unmöglichkeit der Rechtsausübung, als Nichtzumutbarkeit der eigenen Leistung, als Zweckerreichung oder Untergang des Interesses darstellen kann[50]).

In Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 48 f. ist Krückmann wieder zum „immanenten Sinn des gegenseitigen Vertrages" zurückgekehrt und hat in der Vertragsauslegung mit Hilfe der kausal-historischen Vertragsgrundlage, von der die Parteien bei der Abgabe ihrer Willenserklärungen ausgegangen sind und die daher den Gedanken der Parteien aufdeckt und den Sinn, den Inhalt ihrer Erklärungen erschließt, den Schlüssel gefunden, mit dem unser Problem gelöst werden kann.

Wie Stahl sieht Krückmann in der clausula rebus sic stantibus keine stillschweigende Vertragsabrede. Er betont vielmehr ausdrücklich, es sei den Fällen der cl. r. s. st. eigentümlich, daß die Parteien an die Möglichkeit der Nichtübereinstimmung ihrer Vorstellungen mit der Wirklichkeit gar nicht gedacht und daher für diesen Fall auch keine besondere Abrede getroffen haben[51]). Die Klausel fällt auch weder bei Krückmann noch bei Stahl mit der Unterstellung einer stillschweigenden Bedingung zusammen, weil die Klausel weder ipso jure wirken noch über Sein oder Nichtsein des ganzen Vertrages entscheiden soll. Ihre Wirkungen sind vielmehr je nach Lage des Falles verschieden. Bald ergibt sich eine Einrede, ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht[52]).

Auch von der cl. r. s. st. hat man behauptet, daß sie die Sicherheit des Verkehrs ernstlich gefährde und den Grundsatz von der Unverbrüchlichkeit der Verträge ins Wanken bringe. Dieser Vorwurf ist unbegründet, denn es ist gerade der Zweck der Klausel, gegenüber der scheinbaren, der äußeren Vertragstreue die wahre, die innere Vertragstreue[53]) zur Geltung zu bringen und zu verhüten, daß der Satz pacta sunt servanda in sein Gegenteil verkehrt werde. War doch die Einführung der Klausel ein Ausfluß der sozialpolitischen Tendenz der Kanonisten, die wirtschaftlich Schwächeren gegenüber dem kapitalistischen Zuge des römischen Rechts zu beschützen und die Härten zu mildern, die eine unbedingte Durchführung eines Vertrages unter völlig veränderten Umständen für die eine oder andere Partei mit sich bringt[54]). Das wird heute allgemein anerkannt[55]), so daß man, eine

[50]) Jherings Jahrb. Bd. 59 S. 336, 367, Clausula S. 376, JW. 1921 S. 453, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß S. 256 ff., 286 f.
[51]) Krückmann, Clausula S. 210, JW. 1921 S. 454, JW. 1922 S. 705.
[52]) Oertmann, Rechtsordnung S. 207.
[53]) Nipperdey, Vertragstreue S. 23.
[54]) Fritze, ArchBürgR. Bd. 17 S. 33 ff.
[55]) Anders noch Schäfer, Hamburger Nachrichten 1920 Nr. 234; Dove, JW. 1922 S. 1003; Meister, JW. 1922 S. 1001 f.; Solbrig ebenda,

vorsichtige Anwendung vorausgesetzt, dieses Bedenken gegen die Klauselehre aufgegeben hat[56]). Die Klausel hat sich sogar im Gegensatz zu früher[57]) in den letzten Jahren einer großen Beliebtheit erfreut[58]) und ist, insbesondere in der Krückmannschen Gestaltung, ein wichtiges, ja unentbehrliches Hilfsmittel der Rechtsprechung gewesen[59]). Auch andere Bedenken sind gegen Krückmanns Klauselehre kaum vorgebracht worden, zumal die Klausel bei Krückmann lediglich einen Sammelbegriff für eine Reihe selbständiger Rechtsgrundsätze darstellt, die Krückmann als von der Rechtsprechung, wenn auch unter anderen Bezeichnungen[60]), anerkannt nachweisen konnte. Darum hat auch Lenel zugegeben, daß die Krückmannsche Klauselehre einen großen Fortschritt in der Erforschung unseres Problems bedeutet[61]).

Die Lösung des Problems bringt freilich auch die clausula rebus sic stantibus nicht. Zwar ist Oertmanns Einwand, Krückmann gehe viel zu weit, wenn er die Aufhebbarkeit des Vertrages unter dem Gesichtspunkt der Klausel überall da empfehle, wo bei einem schon beim Vertragsabschluß vorhandenen Tatbestand die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. gegeben sein würde[62]), nicht berechtigt. Denn daß dann die Bedeutsamkeit der Eigenschaft, wie Oertmann meint, beim Geschäftsabschluß nicht unbedingt hervorgetreten sein brauche, ist nicht richtig. Ob eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. vorliegt, bestimmt sich ja gerade nach dem betreffenden Vertrage. Ist also die Eigenschaft für diesen Vertrag nicht erheblich, nicht wesentlich, so fällt sie auch nicht unter

---

Hauptausschuß des deutschen Industrie- und Handelstages in Handel und Gewerbe 27. Jahrg. S. 382; Katz, Recht u. Wirtschaft 1920 S. 138; Dove in Recht u. Wirtschaft 1921 Nr. 1; Koffka, DJZ. 1918 Sp. 25.

[56]) Vgl. RG. Bd. 103 S. 331 gegen OLG. Dresden; ferner Weygand a. a. O. S. 16; Fuchs, LZ. 1921 Sp. 488 f.; Rosenthal, Recht u. Wirtschaft 1920 S. 167 f.

[57]) Ablehnend noch RG. Bd. 87 S. 350 f., Bd. 50 S. 257 f.; ferner Hueck, DJZ. 1919 Sp. 224; Endemann, JW. 1921 S. 8; Kiel a. a. O. S. 146; Fuchs, Wirtschaft u. Recht 1920 S. 236.

[58]) Vgl. die Aufsätze in den juristischen Zeitschriften der letzten Jahre.

[59]) Die Stellungnahme des Reichsgerichtes zum Klauselproblem ist außer bei Krückmann, Clausula passim auch bei Stern a. a. O. S. 35 f. dargestellt. Für die neueste Zeit vgl. die Anerkennung der Klausel in JW. 1926 S. 155 und S. 745.

[60]) So löst das Reichsgericht noch heute viele Fälle mit Hilfe der positiven Vertragsverletzung; der Fall JW. 1926 S. 795 (Abfindung des Angestellten) wird mit Hilfe der exceptio doli praesentis entschieden.

[61]) Lenel, Revista S. 201, 204: Un gran avance en el estudio de nuestro problema significan, a mi juicio, los trabajos de Krückmann.

[62]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 56.

§ 119 Abs. 2 BGB. Ist sie aber erheblich, so ergibt sich ihre Bedeutung eben aus dem Wesen des Vertrages.

Ebensowenig vermag man Oertmann beizupflichten, wenn er sich dagegen wendet, daß Krückmann das Gebiet der Klausel in eine Reihe von Gruppen aufteilt[63]). Denn dadurch wird eine erhebliche Erleichterung in der Verwertung des Klauselgedankens erzielt und zugleich ein Mißbrauch der Klausel verhütet. Eine Beschränkung des Gebietes liegt in einer solchen Gruppenbildung nicht, weil es sich nur um die Gruppierung der bekannten Klauselfälle handelt, so daß beim Bekanntwerden weiterer Fälle einer Vermehrung der Gruppen nichts entgegensteht. So hat denn auch Krückmann die Gruppen von zunächst drei[64]) auf fünf[65]) und dann auf sechs[66]) erhöht.

Die Klauselehre hat indes andere Mängel. Diese liegen bei Stahl darin, daß er Zusammengehörendes auseinander reißt, indem er die Klauselehre auf das Gebiet der veränderten Umstände beschränkt. Das läßt sich an einem alltäglichen Beispiel zeigen: A verkauft dem B Ware auf Kredit. Nachher stellt sich heraus, daß B kreditunwürdig ist. Es ist nun für den A, der von dem Vertrage in seiner vorliegenden Gestalt loskommen möchte, durchaus gleichgültig, ob B bereits beim Vertragsabschluß kreditunwürdig war oder ob er es erst nachträglich geworden ist. Für ihn kommt es lediglich darauf an, daß B kreditunwürdig ist, und auch für die juristische Erfassung kann es nicht anders sein. Freilich findet sich die von Stahl vorgenommene Trennung auch im BGB., das den Fall der ursprünglichen Kreditunwürdigkeit im § 119 Abs. 2, den Fall der nachträglichen im § 321 behandelt, und zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten und mit verschiedenen Rechtsfolgen.

Krückmann hat diesen Fehler zwar vermieden. Dafür fehlt aber bei ihm der Grundgedanke, der die Lösung des Problems zu tragen vermag. Der Gesichtspunkt des Synallagma ist nicht weit genug, weil sich damit die typischen Klauselfälle der §§ 605 Abs. 1, 519 BGB. wie auch die des Familienrechtes nicht erklären lassen. Auch die Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit des Rechtsverhältnisses gibt das nicht her, was Krückmann aus ihr herausholen müßte, um das Problem restlos zu erklären. Eine Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit braucht z. B. in den Tatbeständen der §§ 119, 321, 605, 610 BGB., ja nicht einmal in dem des § 519 BGB. vorzuliegen, wenn man in der Feststellung der Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit nicht so weit

---

[63]) Oertmann a. a. O. S. 154 f.
[64]) So in der Clausula S. 376.
[65]) So in JW. 1921 S. 453.
[66]) JW. 1922 S. 379.

gehen will, daß alle die früheren Befürchtungen über die Gefährdung der Rechtssicherheit wieder hervorgerufen werden. Auf den in Krückmanns Ausführungen liegenden und besonders in Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 48 f. enthaltenen richtigen Kern werden wir noch zu sprechen kommen.

§ 4.

Oertmanns Lehre von der Geschäftsgrundlage.

Unter Geschäftsgrundlage versteht Oertmann die beim Geschäftsabschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut[67]).

Diese Vorstellung ist nicht gleichbedeutend mit Motiv. Während das Motiv von ausschlaggebendem Einfluß auf den Willensentschluß ist, kann die Geschäftsgrundlage lediglich die negative Bedeutung haben, daß ohne sie der Entschluß nicht gefaßt worden wäre[68]). Auch ist das Motiv etwas rein Psychologisches, das an sich nur bei einer Partei vorhanden ist, für deren Willensentschluß und Erklärung es die subjektive Grundlage abgibt. Die Geschäftsgrundlage dagegen bezieht sich auf das Geschäft als Ganzes[69]), ist demnach stets etwas Objektives und bei beiden Parteien Vorhandenes. Es ist zudem möglich, daß die eine Partei das Fehlen der Geschäftsgrundlage gekannt hat, so daß bei ihr die — gar nicht vorhandene! — falsche Vorstellung nicht das Motiv der Willenserklärung gewesen sein kann[70]).

Die Geschäftsgrundlage ist aber auch nicht eine Bedingung des Geschäftes, weil den Parteien das Fortbestehen oder künftige Eintreten der die Geschäftsgrundlage bildenden Umstände so selbstverständlich erscheint, daß sie es gar nicht in Zweifel ziehen und daher — die psychologische Voraussetzung einer Bedingung ist der Zweifel — auch nicht zur Bedingung für den Bestand ihrer Willenserklärung machen. Andererseits handelt es sich aber um Umstände, die man zur Bedingung — und zwar zur ausdrücklichen — erhoben hätte, wenn sich die Parteien der Zweifelhaftigkeit des Umstandes bewußt gewesen wären[71]).

Die Geschäftsgrundlage ist überhaupt nicht Geschäftsbestandteil, weder ein ausdrücklicher noch ein stillschweigender. Zu einer aus-

---

[67]) Geschäftsgrundlage S. 37.
[68]) Geschäftsgrundlage S. 27.
[69]) Geschäftsgrundlage S. 29.
[70]) Geschäftsgrundlage S. 28.
[71]) Geschäftsgrundlage S. 31 ff.

drücklichen Hervorhebung, daß das Geschäft nur als auf der Grundlage einer bestimmten Entwicklung oder eines bestimmten Fortbestandes der Verhältnisse gelten solle, würden die Parteien nur dann Anlaß haben, wenn sie diese Entwicklung oder den Fortbestand für zweifelhaft erachteten. Dann aber würde es jeder Lebenserfahrung widersprechen, wenn sie, wie vorhin gesagt, ihr Geschäft nicht unter eine echte Bedingung stellen würden. Ein stillschweigend beigefügter Bestandteil des Geschäftes ist aber die Geschäftsgrundlage deshalb nicht, weil sich nach Oertmann die stillschweigende Willenserklärung von der ausdrücklichen lediglich durch die Form der Erklärung unterscheidet und daher wie jede Erklärung im Rechtssinne ein Bewußtsein von dem Erklärungsgehalt des äußeren Verhaltens fordert. Das aber trifft nach Oertmann bei der Geschäftsgrundlage nicht zu, weil die Parteien aus ihrer Vorstellung von den so oder so beschaffenen Umständen, Verhältnissen und den durch das Geschäft zu regelnden Bedürfnissen bestimmte Folgerungen auf den Geschäftsinhalt nicht ziehen [72]).

Ist die Geschäftsgrundlage nicht Bestandteil des Geschäftes, so kann sie nur neben oder hinter dem Geschäfte stehen. Darum braucht sie auch nicht in der Erklärung zum Ausdruck gekommen sein. Vielmehr genügt es, daß sie irgendwie erkennbar zutage tritt und bei Verträgen auch von dem anderen Teil in ihrer Bedeutung als Geschäftsgrundlage tatsächlich erkannt wurde, während bei einseitigen Erklärungen ihre objektive Erkennbarkeit genügt [73]). Im normativen, auf den Eintritt oder Bestand der Rechtswirkungen gerichteten Sinne gehört sie nicht zum psychologischen Prozeß; sie ist nicht unmittelbarer Bestandteil, beschränkende Klausel des Geschäftswillens und der geschäftlichen Erklärung, sondern nur die Grundlage, auf der sich beiderseits die Parteierklärungen aufbauen [74]).

Unerheblich ist, ob im Geschäftsinhalt auf den vorausgesetzten Umstand hingewiesen wird. Denn diesem Hinweis wohnt an sich nur deklaratorische Bedeutung inne, er ist, wenn er nicht als Zusicherung einer Eigenschaft oder als Geschäftsbedingung anzusehen ist, nicht Bestandteil des normativen Geschäftsinhaltes und der von den Parteien übernommenen Pflichten. Das folgt aus der Gegenüberstellung der bloß (deklaratorisch) angegebenen und der (normativ) zugesicherten Eigenschaften im § 459 BGB. [75]).

---

[72]) Geschäftsgrundlage S. 31 ff.
[73]) Geschäftsgrundlage S. 30.
[74]) Oertmann, Arbeitsrecht 1924 Sp. 153 f.
[75]) Geschäftsgrundlage S. 32 f.

Anwendungsfälle der Geschäftsgrundlage finden sich im geltenden Recht z. B. beim Vergleichsirrtum (§ 779 BGB.), beim Wandlungsrecht (§ 459 BGB.), beim Leistungsverweigerungs- und Widerrufsrecht nach §§ 321 und 610 BGB., beim Abweichungsrecht des Beauftragten und des Verwahrers (§§ 665 und 692). Daraus sowie aus § 242 BGB., aus rechtspolitischen und sozialethischen Erwägungen leitet Oertmann die objektivrechtliche Beachtbarkeit der Geschäftsgrundlage her[76]).

Nach Oertmann[77]) läßt sich die Frage, wann die Geschäftsgrundlage weggefallen ist, immer nur aus einer sorgfältigen Betrachtung des Einzelfalles beantworten. Als Folgen einer fehlenden Geschäftsgrundlage sieht Oertmann je nach Lage des Falles Rücktritt, Widerruf, Kündigung oder Abänderung des Vertragsinhaltes[78]).

Oertmanns Lehre von der Geschäftsgrundlage krankt ebenso wie Windscheids Voraussetzungslehre[79]) an dem Bestreben, ein Mittelding zwischen Motiv und Geschäftsinhalt zu finden. Dieses Bestreben konnte zu einem brauchbaren Ergebnis nicht führen. Mit Recht hat Lenel ausgeführt[80]): Was versteht Oertmann unter dem äußeren Tatbestand des Rechtsgeschäftes? Darüber sagt er nichts. Es gibt indessen nur zwei Möglichkeiten. Entweder versteht man darunter den Inhalt des Rechtsgeschäfts, im einzelnen also die Willenserklärungen, aus denen sich der Vertrag zusammensetzt, und in diesem Fall bildet die Geschäftsgrundlage notwendig einen Teil des Geschäftsinhaltes selbst, oder man versteht darunter die Verhandlungen und Besprechungen, welche dem Abschluß des Geschäftes oder des Vertrages vorausgegangen sind, ohne daß ihr Inhalt in den Inhalt des Geschäftes aufgenommen worden ist. Und da Oertmann die erstere Möglichkeit ausdrücklich ausschließt und behauptet, daß es sich nicht um einen Bestandteil des Geschäftes handele, so verbleibt nur die zweite Möglichkeit. Eine dritte gibt es nicht. Erklärungen der zweiten Art haben aber nicht die Bedeutung, die ihnen Oertmann zuschreibt und können sie auch nicht haben. Wenn daher die Parteien einander ihre maßgebenden Voraussetzungen mitteilen, auf denen sich ihr Entschluß zu kontrahieren gebildet hat, so ist diese Mitteilung rechtlich bedeutungslos, wenn die mitgeteilten Umstände nicht zur Bedingung gemacht worden sind[81]).

---

[76]) Geschäftsgrundlage S. 135 ff., Arbeitsrecht 1924 Sp. 157 f.
[77]) Geschäftsgrundlage S. 148 f.
[78]) Geschäftsgrundlage S. 161 ff.
[79]) Lenel, Revista S. 200.
[80]) Vgl. S. 8 f.
[81]) oder — wie Lenels Ausführungen ergänzt werden müssen — ohne Einfluß auf die Auslegung der Willenserklärungen sind, vgl. S. 45 ff.

Im gleichen Sinne bewegen sich die Bedenken, die Rhode gegen Oertmanns Konstruktion erhebt. Rhode geht[82]) davon aus, daß man unter den Erklärungsteilen, die mit Rücksicht auf den Vertrag dem anderen Teil zur Kenntnis gebracht werden, nicht unterscheiden kann, daß vielmehr nur aus der Gesamtheit aller dieser Umstände sich der Inhalt der einzelnen Willenserklärung ergibt. Darum gehört, und darin muß man Rhode recht geben, zum Erklärungsbestandteil alles das, was als Objekt der Auslegung in Frage kommt, so daß die Geschäftsgrundlage, wenn sie in dem Geschäftstatbestande selbst erkennbar zutage tritt, auch Erklärungsbestandteil ist und zu dem Gesamttatbestand gehört, der Objekt der Auslegung ist. Ist sie aber, so führt Rhode weiter aus, nicht Geschäftsbestandteil geworden, so kann das nur daran liegen, daß der Erklärende sie nicht so zum Ausdruck gebracht hat, daß der Anerklärte ihre Bedeutsamkeit erkennen mußte. Dann aber liegt nach Oertmanns eigener Darstellung keine Geschäftsgrundlage vor. Was hinter der Erklärung steht, wird mit dem gewöhnlichen und zutreffenden Ausdruck als Beweggrund bezeichnet. Wie Lenel betont auch Rhode: Entweder Erklärungsbestandteil oder unerhebliche Voraussetzung, ein Drittes gibt es nicht. Zu demselben Ergebnis kommen Henle[83]) und Rabel[84]) bei ihren Untersuchungen der Geschäftsgrundlage.

Dagegen ist es richtig, wenn Oertmann in der Geschäftsgrundlage deshalb ein Mehr gegenüber dem Motiv sieht, weil die Geschäftsgrundlage sich auf das Geschäft als Ganzes bezieht, während das Motiv als rein psychologisches Moment sich nur auf eine Willenserklärung beziehen kann. Denn damit die Voraussetzung des einen Vertragsteils zur Geschäftsgrundlage wird, muß die Billigung des anderen Vertragsteils hinzukommen. Das wird von Henle[85]) und Locher[86]) übersehen. Darum ist auch durchaus nicht, wie Locher meint, vom rein psychologischen Standpunkt nur die eine Möglichkeit gegeben, alle psychologisch mit der Willensbildung im Zusammenhang stehenden Parteivorstellungen als rechtlich beachtliche Geschäftsgrundlage zu behandeln.

Dagegen sind andere psychologische Mängel in der Lehre von der Geschäftsgrundlage festzustellen. Gerade in den Fällen, in denen die Lehre von der Geschäftsgrundlage helfen will, haben sich die Parteien über die Fortdauer der bestehenden Umstände gar keine Vorstellungen

---

[82]) Rhode a. a. O. S. 294 f.
[83]) Henle, Unterstellung S. 18 f.
[84]) Rabel, JW. 1922 S. 703.
[85]) Henle a. a. O. S. 17.
[86]) Locher a. a. O. S. 8.

gemacht, so daß schon aus diesem Grunde von einer Geschäftsgrundlage keine Rede sein kann. Wenn die Parteien sich aber über die Fortdauer der Umstände Vorstellungen gemacht haben, so sind diese Vorstellungen doch nur unklar, zumal die Parteien ja nicht an eine Veränderung der Umstände denken, so daß ihnen die Erheblichkeit der Fortdauer gar nicht zum Bewußtsein kommt. Wenn aber der eine Vertragsteil über die kausale Bedeutung seiner Vorstellungen im unklaren ist, dann kann nicht erwartet werden, daß der andere die doch gar nicht vorhandene Vorstellung seines Gegners über die kausale Bedeutung der betreffenden Umstände erkannt und als maßgeblich gebilligt hat. Schließt man aber von der Selbstverständlichkeit der Kausalbeziehungen auf die Selbstverständlichkeit ihrer Erkenntnis durch die Geschäftsparteien und weiterhin auf die Erkenntnis des Gegners von ihrer Bedeutung in der Seele der anderen Partei, so verläßt man den sicheren Boden der psychologischen Tatsachen und begibt sich in das Reich der Fiktion. Damit wird die Lehre von der Geschäftsgrundlage ebenso wie die Voraussetzungslehre zu einer bedrohlichen Gefahr für die Sicherheit des Rechtsverkehrs[87]).

Henle hat dann weiter darauf hingewiesen[88]), daß Oertmann die richtige Problemstellung geradezu verfehlt hat, indem er den Begriff der Geschäftsgrundlage dahin zu bestimmen sucht: „Es muß in dem äußeren Tatbestand des Geschäfts auf den Umstand als die Grundlage der Abmachungen erkenntlich Bezug genommen sein“[89]), während es doch entscheidend darauf ankommt, wann auf den Umstand „Bezug genommen“ ist. Diese Frage wird von Oertmann nicht beantwortet und läßt sich auch in befriedigender Weise nicht beantworten. Daher ist die praktische Verwertbarkeit der Oertmannschen Geschäftsgrundlage nur gering. Die ganz verschwommenen, in Wirklichkeit meist nicht einmal vorhandenen Vorstellungen der Geschäftsparteien von der Geschäftsgrundlage lassen sich zudem im Prozeß so gut wie gar nicht nachweisen, so daß hier erneute Schwierigkeiten erwachsen.

Dazu kommt, daß die Bezeichnung Geschäftsgrundlage das Wesen der Sache durchaus nicht trifft[90]), wie eine Betrachtung der §§ 605 Abs. 1, 519 BGB. ergibt, das Bild auch deshalb nicht glücklich gewählt ist, weil der Wegfall einer Grundlage ohne weiteres den Zusammenfall des darauf errichteten Werkes mit sich bringt, der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Oertmanns Darstellung indes eine solche

---

[87]) Locher a.a.O. S. 14ff.; Lenel, Revista S. 200, ArchZivPrax. N.F. 3 S. 169; Krückmann, JW. 1922 S. 705; Jherings Jahrb. 1925 S. 48.
[88]) Henle, Unterstellung S. 19f.
[89]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 30.
[90]) Vgl. auch Kiel a.a.O. S. 147f.

Wirkung, nämlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, nur in Ausnahmefällen haben soll[91]).

Und noch ein Letztes kommt hinzu. Die Gefahr der Untauglichkeit des Geschäftes zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses muß grundsätzlich derjenige tragen, dessen Bedürfnis befriedigt werden soll. Von diesem Grundsatz kann eine Ausnahme nur dann gemacht werden, wenn der Gegner die Tragung der Gefahr übernommen hat. Eine solche Übernahme kann aber nicht schon darin erblickt werden, daß der Gegner die Bedeutsamkeit des Umstandes als Grundlage des Geschäftswillens seines Partners erkannt und nicht beanstandet hat. Denn damit hat er doch lediglich zu erkennen gegeben, daß auch er das Geschäft zur Befriedigung jenes Bedürfnisses für tauglich halte. Eine Übernahme der Gefahrtragung könnte nur durch eine Willenserklärung geschehen und eine solche ist Oertmanns Geschäftsgrundlage gerade nicht. Damit wird, wie Locher[92]) unter Billigung von Lenel[93]) bemerkt, der Oertmannsche Begriff der Geschäftsgrundlage erschüttert.

§ 5.

Lochers Lehre von der Geschäftsgrundlage.

In Abweichung von Oertmann umschreibt Locher den Begriff der Geschäftsgrundlage als „die Gesamtheit derjenigen Umstände, ohne deren Vorhandensein, Fortbestand oder Eintritt der mit dem Geschäfte nach seinem Inhalt bezweckte Erfolg (der Geschäftszweck) durch das Geschäft trotz ordnungsmäßigen Abschlusses und trotz Aufwendung der nach dem Inhalt des Geschäftes den Beteiligten zuzumutenden Opfer nicht erreicht werden kann“[94]).

Locher verkennt nicht, daß sein „Geschäfts“-zweck immer nur „Partei“-zweck und als solcher an sich nur etwas Einseitiges und nichts anderes als ein Parteimotiv ist[95]). Indes findet er einen normativen Unterschied: durch den übereinstimmenden Parteiwillen wird der Parteizweck zum Geschäftszweck, zu dem nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg[96]). Diesem Geschäftszweck fehlt keineswegs die psychologische Realität. Einerseits ist jeder, der ein Geschäft abschließt, sich des damit verfolgten Zweckes bewußt. Andererseits muß

---

[91]) Vgl. Rhode a. a. O. S. 295 f.
[92]) Locher a. a. O. S. 12.
[93]) Lenel, ArchZivPrax. N. F. 3 S. 169.
[94]) Locher, ArchZivPrax. Bd. 1 S. 71 f.
[95]) Locher a. a. O. S. 75.
[96]) Locher a. a. O. S. 76.

sein Parteizweck dem Gegner bekannt sein, weil anders eine Erhebung des Parteizwecks zum Geschäftszweck nicht denkbar ist[97]). Ob ein Parteizweck zum Geschäftszweck erhoben ist, ergibt sich z. B., und zwar ohne weiteres, aus dem Wesen des Geschäftes, soweit es sich um einen typischen Parteizweck handelt[98]). Im übrigen bedarf es der besonderen Feststellung, daß der Gegner die Zweckgebundenheit des Geschäftes beim Geschäftsabschluß gekannt und zum mindesten durch Nichtwiderspruch genehmigt hat[99]). Dabei ist zu beachten, daß im Geschäftsverkehr jede Partei die Gefahr der Vereitelung ihres über den typischen Geschäftsinhalt hinausgehenden Parteizweckes grundsätzlich selbst trägt, so daß sich aus der Mitteilung des Parteizweckes noch nicht ergibt, daß die Partei das Geschäft als ein zweckgebundenes will[100]). Diese Zweckgebundenheit kann aber auch in dem übrigen Inhalt des Geschäftes zum Ausdruck kommen. Wird z. B. bei entgeltlichen Geschäften das mit der Entgeltlichkeit von den Parteien gewollte Gleichmaß der Leistungen nur dadurch hergestellt, daß die Leistung des einen Teils einen besonderen Parteizweck der Gegenpartei erfüllt, so gehört die Erreichung dieses besonderen Erfolges zum Geschäftsinhalt. Wer sich die Ermöglichung eines besonderen Zweckes besonders vergüten läßt, der muß auch die Gefahr der Nichterreichbarkeit dieses Zweckes tragen[101]).

Ist auch der Geschäftszweck ein zum Bestandteil des Rechtsgeschäftes erhobener Parteizweck, so ist doch die Beachtlichkeit seiner Nichterreichung keine Rechtsfolge, die sich unmittelbar aus dem Parteiwillen ergibt. Zwar kann die Zweckgebundenheit des Rechtsgeschäfts eine Selbstbeschränkung des Willens in dem Sinne sein, daß der Parteiwille durch die Erreichung des Zwecks bedingt wäre. Aber notwendig ist das nicht, und es ist sicherlich dann nicht der Fall, wenn die Parteien die Zweckerreichung nicht als zweifelhaft ansehen[102]). Daher kann die Bedeutung der Zweckgebundenheit des Rechtsgeschäftes als rechtserhebliche Erscheinung nur auf der Rechtsordnung beruhen, während die Zweckgebundenheit selbst im konkreten Fall freilich in dem realen und empirisch feststellbaren Parteiwillen ihre Stütze findet. Somit sind die Rechtsfolgen der Zweckvereitelung mittelbare Folgen eines zur psychologischen Realität gewordenen, aber nicht auf diese Rechtsfolgen gerichteten Parteiwillens[103]).

[97]) Locher a. a. O. S. 21.
[98]) Locher a. a. O. S. 77.
[99]) Locher a. a. O. S. 20.
[100]) Locher a. a. O. S. 68.
[101]) Locher a. a. O. S. 69.
[102]) Locher a. a. O. S. 29.
[103]) Locher a. a. O. S. 31 f.

Um seine Auffassung von der Geschäftsgrundlage im geltenden Rechte zu verankern, geht Locher von den Bestimmungen des BGB. über die ungerechtfertigte Bereicherung aus. Er meint, daß das BGB. in dem „kausalen", in die Zweckbeziehungen und das Schicksal des Kausalgeschäftes verstrickten Forderungsrecht keine kondiktionsfähige und kondiktionsbedürftige Bereicherung sehe, sondern daß es als solche nur das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis gelten lasse. Diese Ablehnung der Kondiktion eines kausalen Rechtsverhältnisses erklärt Locher mit dem Mangel eines kondiktionsfähigen und kondiktionsbedürftigen Gegenstandes, nicht mit dem Mangel der für die Kondiktion einer Leistung erforderlichen und für sie charakteristischen Zweckbeziehung; diese, so führt Locher aus, kann auch beim Kausalgeschäft vorhanden sein: „Es ist seine Funktion als Hilfsgeschäft in bezug auf eine bestimmte Entwicklungsstufe, nämlich die Erfüllung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, nämlich der durch das vorausgehende Rechtsgeschäft geschaffenen Verpflichtung oder Bedingung."[104])

Wenn das kausale Rechtsgeschäft diese Funktion nicht erfüllen kann, so ist nach Locher seine Rückgängigmachung ebenso geboten, wie wenn ein abstraktes Rechtsgeschäft seine Erfüllungsfunktion nicht auszuüben vermag[105]). Einen Unterschied findet Locher lediglich in der Form der Rückgängigmachung. Die Vereitelung der Zweckerreichung löst beim kausalen Rechtsgeschäft ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht aus, das beim kausalen Rechtsgeschäft dieselbe Funktion hat wie der Bereicherungsanspruch beim abstrakten[106]).

Darum ist nach Lochers Ansicht § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. die wichtigste und einzige für das gesamte Gebiet des Verkehrsrechtes tragfähige gesetzliche Stütze der durch das Abstellen auf die Nichterreichung des Geschäftszwecks aufgebauten Lösung des Problems, ohne Unterschied, ob das Rechtsgeschäft von Anfang an ein untaugliches Mittel zur Zweckerreichung ist oder es erst später wird[107]).

Rhode hat gegen Lochers Lehre von der Geschäftsgrundlage eine Reihe von Angriffen erhoben, die zum Teil verfehlt, zum Teil aber auch berechtigt sind. Soweit sich Rhode gegen die positivrechtliche Begründung wendet[108]), die Locher seiner Lehre gegeben hat, kann seinen Ausführungen nicht zugestimmt werden. Es ist vielmehr mit

---

[104]) Locher a. a. O. S. 44.
[105]) Locher a. a. O. S. 45.
[106]) Locher a. a. O. S. 49.
[107]) Locher a. a. O. S. 73 u. 81.
[108]) Rhode a. a. O. S. 298.

Enneccerus[109]) und dem Reichsgericht[110]) gegen Oertmann[111]) und v. Tuhr[112]) daran festzuhalten, daß nach dem geltenden Recht[113]) das Kausalgeschäft eine kondizierbare Leistung sein kann. Rhode geht daher fehl, wenn er mit Bezug auf Locher meint, daß jeder Versuch, die Möglichkeit der Kondiktion eines kausalen Geschäftes nachzuweisen, scheitern müsse. Überdies unternimmt Locher gar nicht einen solchen Versuch. Er vertritt vielmehr, wie wir gesehen haben, die hier abgelehnte Ansicht, daß das kausale Schuldverhältnis nicht kondiziert werden könne. Rhode hat hier Locher nicht verstanden. Locher legt das Schwergewicht seiner Ausführungen darauf, daß auch das kausale Schuldverhältnis einen nach seinem Inhalt bezweckten Erfolg im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. habe. Daß diese Behauptung unrichtig sei, hat Rhode nicht bewiesen und ist auch nicht zu beweisen. Richtig ist freilich, daß sich Lochers Lehre aus dem § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht ohne weiteres herauslesen läßt. Das verkennt aber auch Locher nicht. Darum stattet er auch die Nichterreichung seines Geschäftszwecks mit anderen als den im § 812 BGB. vorgesehenen Rechtsfolgen aus, wobei er diese Abweichung ausdrücklich betont. Worauf es bei Locher ankommt, ist die Feststellung, daß der die Lösung des Problems ermöglichende Grundgedanke im § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthalten ist.

Unrichtig ist es auch, wenn Rhode Lochers Geschäftszweck deshalb nicht als vereinbart ansehen will, weil die eine Partei durch den Vertrag „als solchen" weder die Verpflichtung, den von der anderen Partei gewünschten Erfolg herbeizuführen, noch die Garantie der Erreichung oder Erreichbarkeit dieses Zweckes der anderen Partei übernommen habe, überdies auch für den Fall der Nichterreichbarkeit dieses Zweckes durch den Vertrag ein Rücktritt oder ein sonstiger Rechtsbehelf nicht vorbehalten ist. Die Unrichtigkeit dieser Ausführungen zeigt eine Betrachtung der sog. coronation cases. Hier kann natürlich keine Rede davon sein, daß die Vermieter der Fensterplätze die Verpflichtung übernommen hätten, den Krönungszug vorbeimarschieren zu lassen. Ebensowenig hatten sie aber auch eine Garantie dafür über-

---

[109]) Enneccerus, BGB. Bd. 1 2. Abt. S. 639 Anm. 2.

[110]) RG. Bd. 106 S. 97 f., insbes. S. 98: „Aber auch bei ihnen (den gegenseitigen Verträgen) kann eine Leistung wegen des Nichteintritts des mit ihr bezweckten Erfolges zurückgefordert werden, wenn nach dem Inhalt des Vertrages über die Gegenleistung hinaus ein solcher Erfolg bezweckt ist und als vereinbart gilt (RG. Bd. 66 S. 134, Warneyer 1917 Nr. 112; Komm. RGR. Anm. 9 zu § 812 BGB.)."

[111]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 20 f.

[112]) v. Tuhr, Allg. Teil II, 2 S. 54 u. 122.

[113]) Ebenso D. 19, 1, 5, 1.

nommen, daß der Krönungszug vorbeiziehen würde. An die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes oder dergl. für den Fall des Nichtvorbeiziehens war um so weniger zu denken, weil die Parteien diesen Fall gar nicht in ihre Vorstellungen aufgenommen hatten. Trotzdem kann es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß die Vermieter der Fensterplätze den von ihren Vertragsgegnern mit dem Vertrage verfolgten Zweck sehr genau kannten, und daß dieser Zweck der einen Partei das ganze Geschäft durchzog, maßgebend war für Art und Umfang der Vermieterpflichten, maßgebend war auch bei der Festsetzung der Leistung des Mieters. Das aber genügt nach Locher, und zwar mit Recht, um eine Zweckgebundenheit des Geschäftes festzustellen. Die Folgen dieser Zweckgebundenheit sind freilich nicht auf den Willen der Parteien zurückzuführen, weil insoweit Vorstellungen der Parteien nicht oder nicht in genügender Weise vorhanden sind. Darum greift Locher hier auf die Rechtsordnung zurück.

Und weil Locher mit einem objektiven Rechtsbehelf und nicht mit einem ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten bedingten Rücktrittsvorbehalte operiert, so sind auch die weiteren Ausführungen Rhodes[114]) abwegig. Rhode meint, wo keine Zweckgebundenheit vereinbart sei, da könne es auch keine Berücksichtigung der selbstverständlichen Umstände geben. Dieser Satz ist auch vom Standpunkt der Locherschen Lehre richtig. Der Fehler steckt aber in dem nächsten Satz: „Je selbstverständlicher ein Umstand ist, durch dessen Fortfall später der Geschäftszweck vereitelt wird, um so weniger ist ein Grund vorhanden, eine solche Bindung zu vereinbaren." Hier übersieht Rhode, daß die selbstverständlichen Umstände der hier in Frage kommenden Art den typischen Parteizweck abgeben und daß dieser typische Parteizweck den sog. Wesenszweck des Geschäftes darstellt[115]). Das Wesen, der Charakter des Geschäftes kann den Parteien aber nicht unbekannt sein, mögen sie sich auch in der rechtlichen Bezeichnung des Geschäftes vergreifen.

Lochers Geschäftszweck vermag aber, und darin hat Rhode recht, nicht alle Fälle des Problems zu lösen. Zwar beschränkt Locher das Anwendungsgebiet seiner Lehre durchaus nicht, wie Rhode annimmt[116]), auf den Fall, daß sich aus der vereinbarten Gegenleistung die Tatsache der Zweckgebundenheit ergibt. Vielmehr zieht er, und darauf bezog sich doch auch Rhodes soeben besprochener Einwand, auch die Fälle der typischen, dem Wesenszweck des Geschäftes zu ent-

---

[114]) Rhode a.a.O. S. 320.
[115]) Locher a.a.O. S. 77.
[116]) Rhode a.a.O. S. 321.

nehmenden Parteizwecke in den Anwendungsbereich seiner Lehre. Aber der von Locher angeführte Kongreßfall kann aus dem Gesichtspunkt der Zweckvereitelung nicht gelöst werden. Denn es kommt hier nicht auf die Zweckvereitelung an — dem Gast steht ja auch nach der Absage des Kongresses das Zimmer zur Verfügung —, sondern auf die Wertminderung der dem Gast geschuldeten Leistung, die darin besteht, daß die mit Rücksicht auf den bevorstehenden Kongreß in die Höhe geschnellten Preise der Hotelzimmer nun nach der Absage des Kongresses auf ihre gewöhnliche Höhe herabsinken. Eine Trennung nach Kongreßbesuchern und anderen Hotelgästen vorzunehmen, wäre völlig verfehlt, weil es dem Hotelinhaber gleichgültig ist, ob seine Hotelgäste zur Zeit des Kongresses sich des Kongresses wegen oder aus anderen Gründen in der Stadt aufhalten[117]). Ebenso lassen sich die Fälle der §§ 605 Abs. 1, 610, 519, 530, 775, 2294 BGB. aus dem Gesichtspunkt der Zweckvereitelung nicht erklären.

Auch Lochers Lehre ist daher nicht fehlerfrei, so daß sie gleichfalls nicht als die richtige Lösung bezeichnet werden kann.

III. Die Auslegung des Vertrages als Lösung des Problems.

§ 6.

Der Charakter des Vertrages.

Die Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage können, wie wir gesehen haben, als endgültige Lösung des Problems nicht angesehen werden. So hat denn dieses Problem, das seit Jahrhunderten die Rechtswissenschaft beschäftigt, ja schon dem römischen Recht nicht unbekannt war[1]), das Problem, dessen Lösung die hervorragendsten Vertreter der Rechtswissenschaft versucht haben, das Problem, das sich immer wieder hervordrängt[2]), und von dessen richtiger Lösung das Wohl und Wehe der deutschen Wirtschaft und damit auch des deutschen Volkes in dem

---

[117]) Vgl. auch Rhode S. 322.

[1]) Die Digestenstelle l. 38 pr. D. 46, 3 enthält einen ausgesprochenen Fall unseres Problems; vgl. ferner Seneca, De beneficiis liber IV c. 35: omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem ut promittentis fidem teneas, ferner Cicero de officiis liber I c 10; Polybius Historiae liber IX S. 37.

[2]) Vgl. Windscheids Voraussage in ArchZivPrax. Bd. 78 S. 197.

letzten Jahrzehnt abhing, eine befriedigende Lösung noch nicht gefunden. Angesichts dieses Umstandes ist die Annahme durchaus gerechtfertigt, daß eine endgültige und restlose Lösung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. Jede Bearbeitung des Problems kann daher vorläufig nur den Zweck verfolgen, der richtigen Lösung die Wege zu bereiten. Ein anderes Ziel hat sich auch diese Arbeit nicht gesetzt.

Bei der Lösung unseres Problems könnten wir von der Regelung ausgehen, die das Problem durch den Gesetzgeber erfahren hat. Wir würden aber sehr bald finden, daß die nach Rechtsgebiet und Zeit verschiedenen Gesetzgeber das Problem nicht einheitlich gelöst haben, sofern sie sich überhaupt mit ihm befaßten, daß zudem die Aussprüche der Gesetze zu dürftig sind oder als unbillig und darum falsch empfunden werden, also kein „richtiges Recht" im Sinne Stammlers darstellen. Für die Rechtslehre kommt es indes in erster Linie darauf an, die richtige Lösung aufzuweisen, damit die von dem Gesetzgeber gefundene Regelung zu vergleichen und bei einer Abweichung zu versuchen, der richtigen Lösung im Rahmen des Gesetzes zur Anerkennung zu verhelfen.

Gehen wir nicht von dem Gesetze aus, so verbleibt uns als einziger Ausgangspunkt der Vertrag. Wir kommen somit zur Vertragsauslegung, auf die bereits von den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch[3]) hingewiesen worden ist. Auch das Reichsgericht ist in ständiger Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung der Rechtslehre diesen Weg gegangen. Soweit man dabei früher zu anderen Ergebnissen gekommen ist als heute, liegt das daran, daß in dem letzten Jahrzehnt die Fälle unseres Problems zur Massenerscheinung wurden, jede Erscheinung des Rechtslebens aber dadurch, daß sie zu einer Massenerscheinung wird, gewissermaßen eine Vergrößerung erfährt, in der ihre Feinheiten erkennbar hervortreten und Unbilligkeiten ins Riesenhafte verzerrt erscheinen.

Unter Vertragsverhältnis versteht man die Summe der Rechtsbeziehungen, die durch den Vertrag zwischen den Vertragsparteien begründet werden. Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß es Vertragsverhältnisse mannigfachster Art gibt. Ebensowenig kann aber auch ein Zweifel darüber bestehen, daß es den Vertragschließenden nicht darauf ankommt, irgendein beliebiges Vertragsverhältnis zu begründen, sondern daß sie ein Vertragsverhältnis mit einem ganz bestimmten Inhalt wollen. Wenn wir den ganzen Inhalt zusammenfassend und schlagwortartig bezeichnen wollen, so können wir sagen: Die Vertragschließenden haben ein Vertragsverhältnis mit einem ganz bestimmten Charakter gewollt.

---

[3]) Motive zum Entwurf I Bd. 2 S. 199.

Wenn wir im vorstehenden das Wort Charakter verwenden, so sind wir uns bewußt, daß der Begriff mehrdeutig ist und mannigfach umschrieben werden kann, wie die Zusammenstellung bei Eisler[4]) ergibt. Dieser Mehrdeutigkeit ungeachtet wird der Begriff Charakter gern und häufig benutzt, auch von der Rechtslehre und der Rechtsprechung, und wenn man den Begriff in einem bestimmten Sinne versteht, so schadet es nicht, daß er noch mit einer anderen Bedeutung gebraucht wird. Hier soll unter Charakter die eigentümliche Natur des Vertragsverhältnisses verstanden werden, die Gesamtheit der Besonderheiten, die es von anderen Vertragsverhältnissen unterscheiden. Wir verstehen also unter Charakter eines Vertragsverhältnisses alles das, was dieses Vertragsverhältnis von anderen Vertragsverhältnissen unterscheidet.

Fassen wir den Charakter nicht als die Summe von Einzelheiten, sondern als eine sich aus diesen Einzelheiten zusammensetzende Einheit auf, so können wir aus dieser Einheit umgekehrt die dazu gehörenden Einzelheiten ableiten. Dadurch erlangt der Charakter des Vertragsverhältnisses eine überragende Stellung, und es ist möglich, durch die Angabe des Charakters den Inhalt des Vertragsverhältnisses zu bestimmen.

Charakter eines Vertragsverhältnisses in dem hier verstandenen Sinne ist etwas anderes als das, was gemeinhin als Wesen des Vertragsverhältnisses bezeichnet wird. Der Begriff Wesen ist umfassender. Zum Wesen eines Vertragsverhältnisses gehört auch das, was bewirkt, daß überhaupt ein Vertragsverhältnis vorliegt[5]). Für unsere Betrachtung kommt es nur auf die Bestandteile des Vertrages an, die ihn von anderen Verträgen unterscheiden. Darum ist der Begriff Charakter vorzuziehen. Dieser Begriff läßt sich zudem, und das ist für unsere Konstruktion ein zweiter Vorzug, viel leichter umschreiben, als das tiefgründige, geradezu unfaßbare deutsche Wort „Wesen". Wie schwer es ist, den Begriff Wesen zu umschreiben, mögen einige Beispiele zeigen: „Der Inbegriff aller wesentlichen Stücke eines Dinges oder die Hinlänglichkeit der Merkmale desselben der Koordination oder Subordination nach ist das Wesen."[6]) Oder: „Wesenheit ist das, was ein Wesen weset und ist."[7]) Nicht viel brauchbarer ist die von Oersted gegebene Umschreibung: Das Wesen eines Dinges ist dessen

---

[4]) Eisler a. a. O. Artikel Charakter.

[5]) Vgl. Hagemann bei Eisler S. 1778: „Die Wesenheit ist ... die innere Einheit aller derjenigen Bestimmtheiten, wodurch ein Ding das ist, was es ist, und wodurch es sich von allen anderen Dingen unterscheidet."

[6]) Kant, Logik S. 90, zit. bei Eisler a. a. O. Artikel Wesen.

[7]) Krause bei Eisler S. 1777.

„lebende Idee“[8]). Daß ein so schwer zu fassender Begriff den Bedürfnissen des Verkehrs nicht entspricht, bedarf keiner Erörterung. Vielleicht haben wir hier einen der Gründe, weshalb sich Stahl mit seinem „Wesen“ des Vertrages nicht hat durchsetzen können.

Zuweilen geben die Parteien dem Vertrage und damit dem Vertragsverhältnis eine bestimmte Bezeichnung. Aber diese Bezeichnungen sind häufig falsch. Besonders werden Miete, Pacht und Leihe vielfach miteinander verwechselt. Zudem sind die von den Parteien ausdrücklich angegebenen Bezeichnungen so allgemein gehalten, daß sie nicht den Charakter des Vertragsverhältnisses angeben, sondern nur die Richtung weisen, in der man den Charakter zu suchen hat. So gibt es z. B. beim Kauf eine Vielheit von Unterarten. Wenn wir von dem gewöhnlichen Kauf den Kreditkauf und das Risikogeschäft unterscheiden, so haben wir damit noch nicht den Charakter gefunden. Vielmehr kommt es noch entscheidend auf den Gegenstand des Kaufvertrages, auf Lieferzeit und Lieferort und noch vieles mehr an. Ebenso ist z. B. die Miete eines Hauses etwas anderes, als die Miete eines Ladens oder eines Buches. So hat der Dienstvertrag des Arbeiters einen anderen Charakter als der Dienstvertrag des Generaldirektors oder des Bühnenpersonals. Ja man kann sagen, überall, wo die Beurteilung von Pflichten und Rechten „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ bei verschiedenen Vertragsverhältnissen zu verschiedenen Ergebnissen führt, liegen Vertragsverhältnisse mit verschiedenem Charakter vor.

Wollen wir also den Charakter feststellen, den das zu begründende Vertragsverhältnis nach dem Vertrage haben soll, so dürfen wir nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung schlechthin zugrunde legen. Wir müssen vielmehr auf den Inhalt des Vertrages eingehen und den im Vertrage gewollten Charakter aus der Summe der einzelnen Vertragsbestimmungen ziehen. Die sich daraus ergebende Bestimmung des Charakters ist eine wirkliche Vertragsklausel, beruht keineswegs auf Fiktion, mögen auch die Parteien die Bezeichnung des Charakters nicht kennen, mag auch im Einzelfall eine besondere Bezeichnung für den Charakter nicht bestehen.

§ 7.

Der status rerum und seine Bedeutung für die Feststellung des Vertragscharakters.

Bei der Ermittlung des gewollten Charakters spielen die Umstände, unter denen der Vertrag abgeschlossen wird, eine bedeutsame Rolle[9]). Das werden wir im folgenden darlegen.

[8]) Oersted bei Eisler S. 1777.

[9]) Vgl. hierzu und zum folgenden die Ausführungen von Krückmann,

Es ist eine Erscheinung, die wir jeden Tag unzählige Male beobachten können, daß die Parteien bei der Abgabe ihrer Willenserklärungen das, was nach den Umständen selbstverständlich ist, nicht besonders erklären, weil sie sich entweder über das Selbstverständliche keine oder doch keine klaren Vorstellungen machen, oder weil sie eine besondere Erklärung des Selbstverständlichen für überflüssig halten. Diese Sitte hat sich bei den Rechtsgeschäften des täglichen Verkehrs so eingebürgert, daß bei manchen Geschäften die Abgabe vollständiger Erklärungen seltsam anmuten würde. So finden wir denn Willenserklärungen, die aus abgerissenen Wendungen bestehen und an sich völlig unverständlich sind, zum mindesten aber nicht das besagen, was der Erklärende, sei es ihm auch nicht klar bewußt, mit ihnen hat zum Ausdruck bringen wollen. So unverständlich diese Wendungen an sich auch sein mögen, sie erhalten sofort einen verständigen Sinn, wenn man die Umstände, unter denen sie abgegeben worden sind, berücksichtigt.

Wie nun derartig abgekürzte Willenserklärungen sich aus den Umständen vervollständigen lassen, so können auch an sich verständliche Willenserklärungen bei Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie abgegeben worden sind, einen bestimmten Sinn erhalten. Sie können insbesondere gegenüber ihrem Wortlaut eingeschränkt oder erweitert werden. Auch hier kann man von abgekürzten Willenserklärungen sprechen, weil sie erst der Vervollständigung aus den Umständen zur Zeit ihrer Abgabe bedürfen, damit man aus ihnen das Gewollte erkennen kann.

Will der Erklärungsempfänger den Sinn einer abgekürzten Willenserklärung feststellen, so muß er das, was weggelassen ist, nämlich das in Anbetracht der gegebenen Umstände Selbstverständliche, ergänzen. Selbstverständlich ist aber nur das Regelmäßige, das Gewöhnliche, das Übliche, also der Sinn, den derartige Erklärungen unter derartigen Umständen regelmäßig haben. Das Unregelmäßige, das Ungewöhnliche, die Ausnahme ist nicht selbstverständlich. Wer daher etwas Unregelmäßiges, etwas Ungewöhnliches erklären will, muß es besonders zum Ausdruck bringen.

Mit unseren Ausführungen stehen wir nicht vereinzelt da. So schreibt z. B. Lenel: „Wesentlich sind bei jedem Geschäft nur diejenigen Eigenschaften seines Gegenstandes, die man bei einem Geschäft dieser Art unter den obwaltenden Umständen vorauszusetzen pflegt und vorauszusetzen berechtigt ist. Gerade darin, daß sie bei

---

Jherings Jahrb. 1925 S. 3 ff. sowie die dort S. 4 angeführten Entscheidungen; ferner Leonhard, Auslegung S. 15 ff.

diesem Geschäft unter diesen Umständen allgemein vorausgesetzt zu werden pflegen, zeigt sich, daß sie als wesentlich angesehen werden. Während andere Eigenschaften für dieses Geschäft nur dann wesentlich sind, wenn sie besonders zugesichert werden, sind diese es auch ohne besondere Zusicherung."[10])

Enneccerus sagt: „Die Abgabe und die Entgegennahme der Erklärung sowie das gesamte Verhalten der Geschäftspersonen sind ... so zu deuten, wie es redliche und verständige Menschen unter gleichen Umständen zu meinen pflegen. Das gilt nicht nur, wenn der innere Wille zweifelhaft ist, sondern auch, wenn nachweislich ein anderer Wille vorhanden war."[11]) „Besteht ... kein ausreichender Grund, die besondere Bedeutung auch für den Gegner als maßgebend zu betrachten, so kann nur der allgemein herkömmliche Sinn in Betracht kommen. Der Erklärende kann aber, wenn er seine Erklärung gleichwohl anders gemeint hat, anfechten (§§ 119, 122)."[12])

Ebenso meint Crome: „Es gibt einen Kreis des stillschweigend Selbstverständlichen, das, weil es selbstverständlich ist, dem im Vertrag ausdrücklich Erklärten gleichsteht. Es ist nichts willkürlich bloß von einer Partei Vorausgesetztes und dem Gegner beim Vertragsschluß Erkennbares, es ist nicht einmal eine zwar beiderseits gehegte, aber sonst willkürliche Voraussetzung, sondern der Inhalt ergibt sich objektiv aus den allgemeinen Verkehrsgrundsätzen. Was nach diesen selbstverständlich ist, darf man beiderseits bei dem Vertragsschlusse auch stillschweigend voraussetzen. Es ist immanenter, beide Parteien gleichmäßig angehender Vertragsinhalt."[13])

In gleicher Richtung bewegen sich die Ausführungen von Dusi: „Ora nei contratti a prestazioni continuate non vi ha dubbio che se al momento della loro conchiusione la volontà trovasi determinata dalle condizioni di fatto allora sussistenti e che formano l'ambiente obiettivo nel quale la volontà contrattuale si svolge e si concreta, può bene avvenire che in un' epoca posteriore, per mutamento non prevedibile, quell' ambiente obiettivo venga così radicalmente trasformato da trovarsi in perfetta ed inconciliabile contradizione con la volontà già manifestata."[14])

Henle führt aus: „Bei jedem gleichen Vertragsschlusse seitens einer anderen Partei mit demselben Gegner würde immer wieder die Partei von derselben Voraussetzung ausgehen. Die erkennbare Voraus-

---

[10]) Lenel, ArchZivPrax. N.F. 3 S. 189 f.
[11]) Enneccerus I, 1 S. 538.
[12]) Enneccerus a.a.O. S. 536.
[13]) Crome, Konzessionsvertrag S. 49.
[14]) Dusi a.a.O. S. 152.

setzung ist also von einer Art, die über den Einzelfall hinausragt. Sie ist eine durchschnittlich bestimmende Vorstellung."[15])

Auch Burckhardt spricht von dem „geschichtlich wahrscheinlichen tatsächlichen Willen der Parteien"[16]).

Das Reichsgericht vertritt gleichfalls den von uns eingenommenen Standpunkt: „Zwar hatte seine Absicht, die Bestellung nur unter der Voraussetzung anzunehmen, daß die drei Stücke nach wie vor unverkauft vorhanden wären, in seiner Erklärung am Fernsprecher keinen wörtlichen Ausdruck gefunden. Sie war aber, wie nach der Erfahrung des Lebens angenommen werden muß, auch ohnedies dem Gegner erkennbar. Denn eben weil der Kaufmann, jedenfalls der Inhaber eines Warenlagers, regelmäßig nur über die in seinem Lager noch vorhandenen Stücke Kaufverträge abschließen wird, ist das andauernde Vorhandensein der vom Gegner bestellten individuell bestimmten Ware die selbstverständliche Grundlage seiner Verkaufserklärung."[17]) „Aus dieser Bestellung geht hervor, daß der Kläger nichts anderes erwartete, als zu dem am 10. Oktober bestehenden Kurse die Aktien zu erhalten. Das war die ausdrückliche, sich übrigens auch von selbst verstehende Grundlage, von der die gesamten Verhandlungen und der Kaufvertrag ausgingen."[18]) „Liegt ... kein unzweideutiger Widerspruch zwischen der Erklärung und der Verkehrssitte vor und weiß der Geschäftsgegner auch nicht, daß die Erklärung im Sinne eines solchen Widerspruches gegenüber der Verkehrssitte zu verstehen ist, so hat die Auslegung der Erklärung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu erfolgen, ohne daß es darauf ankommt, ob die Verkehrssitte dem Erklärenden bekannt war. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist in diesem Falle die Erklärung so aufzufassen, wie es der tatsächlichen Übung jener Geschäftskreise entspricht."[19])

Anscheinend will auch Krückmann sich im gleichen Sinne ausdrücken: „Als Voraussetzung kann m. E. alles das wirksam unterstellt werden, was rechtlich für den Abschluß des Rechtsgeschäftes bedeutsam ist."[20])

Jacobi meint: „Auch die gar nicht zum Ausdruck gebrachte ‚Voraussetzung' wirkt dann, wenn die Parteien sie haben zum Ausdruck bringen wollen und sich so verstanden haben."[21]) Offensichtlich

---

[15]) Henle, Unterstellung S. 126.
[16]) Burckhardt, Lücken S. 77.
[17]) Recht 1923 Nr. 4. 619.
[18]) RG. Bd. 94 S. 67.
[19]) RG. Bd. 114 S. 12; vgl. ferner noch RG. Bd. 60 S. 56 ff.; Recht 1920 Nr. 2364; LZ. 1921 Sp. 300.
[20]) Krückmann, JW. 1922 S. 704.
[21]) Jacobi, Jherings Jahrb. Bd. 70 S. 137.

bezieht sich die Bemerkung, die sonst keinen Sinn hat, auf die formbedürftigen Erklärungen, deren wahrer Sinn sich erst bei Berücksichtigung der nicht formgerecht festgelegten Voraussetzungen ergibt. Zum Ausdruck gebracht müssen die Voraussetzungen schon sein, sonst könnten sich die Parteien doch nicht gegenseitig verstanden haben. Es genügt aber, darauf will Jacobi wohl hinaus, daß die Voraussetzungen aus den Umständen, insbesondere den Vorverhandlungen, sich als selbstverständlich ergeben. Sonst würde die Voraussetzung bei formbedürftigen Geschäften schwerlich zu berücksichtigen sein[22]).

Was wir im vorstehenden erörtert haben, ist auch der Sinn der Vorschriften, die eine Auslegung der Willenserklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern. Darin stimmen wir mit dem fortgeschrittenen römischen Recht überein, das den Zwölftafelsatz: uti lingua nuncupassit, ita jus esto über Bord geworfen hat und von einem jeden verlangt, daß er sich verhalte ut inter bonos bene agere oportet, jedem Gläubiger auch nur das zuerkennt, quidquid dare facere oportet ex bona fide. Das besagen auch die vielen Vorschriften des code civil, die auf usages (coutumes) du pays, usages locaux verweisen. Das besagen ferner die zahlreichen Verweisungen des Schweizer ZGB. auf Übung, Üblichkeit, Landesüblichkeit, Ortsübung, Ortsgebrauch, Natur der Sache. Darin liegt auch der Unterschied von der Formstrenge des englischen Rechts, das nicht Treu und Glauben und die Verkehrssitte, sondern den Vertragswortlaut entscheiden läßt[23]).

Wie wir sehen, wird die Feststellung des Vertragsinhaltes nicht, wie Manigk meint[24]), von dem zugrunde liegenden Willen aus orientiert, sondern von den Umständen, unter denen die Erklärungen abgegeben worden sind. Die Erscheinung, daß zwei gleichlautende Erklärungen verschiedenen Inhalt haben können, erklärt sich zwanglos damit, daß die Erklärungen unter verschiedenen Umständen abgegeben worden sind.

Mit den vorstehenden Ausführungen wollen wir uns, um das mit Rücksicht auf die Krückmannschen Ausführungen in Jherings Jahrb. 1925 S. 48 f. ausdrücklich hervorzuheben, keineswegs der Theorie von der Willensergänzung anschließen. Maßgebend ist und bleibt der Wille der erklärenden Partei, freilich nicht, wie er gehegt, sondern so, wie er erklärt worden ist. Weicht der erklärte Wille von dem zu er-

---

[22]) Vgl. Burckhardt, Lücken S. 78: „Wo der logische Zwang besteht, den unvollständigen schriftlichen Inhalt zu ergänzen (sofern man den Vertrag überhaupt aufrechterhalten und durchführen will), muß man notgedrungen über das schriftlich Mitgeteilte hinaus auch anderes gelten lassen."

[23]) Vgl. Weiß, JW. 1926 S. 222.

[24]) Manigk, Wesen des Vertragsschlusses S. 165 f.

klärenden Willen ab, was insbesondere bei Berücksichtigung der gegebenen Umstände der Fall sein kann, so ist es ein Bedürfnis des entwickelten Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit, den erklärten Willen als maßgebend zu behandeln. Der Erklärende muß das Risiko tragen, daß er mit seiner Erklärung nicht das zum Ausdruck bringt, was er zum Ausdruck hat bringen wollen.

Wenn man so den erklärten Willen, also das, was sich aus der Erklärung als Wille ergibt, zugrunde legt, greift man nicht zur Fiktion[25]). Wenn A den B erschießt, so ist das keine Fiktion, auch wenn er nicht den B, sondern den C, mit dem er ihn verwechselte, hat treffen wollen. Es kann hier auf die Ausführungen des Reichsgerichts Band 58 S. 233 ff. und die Besprechung dieser Entscheidung bei Manigk, Das Wesen des Vertragsschlusses S. 133 ff., sowie auf Manigks weitere Ausführungen daselbst verwiesen werden. Manigk schließt sich freilich[26]) der Willenstheorie an, kommt aber bei der Behandlung der Irrtumsfälle[27]) in Schwierigkeiten, denen er[28]) nur mit der Bemerkung: „Es liegt hierin kein spezielles Problem des Vertragsrechts" aus dem Wege geht und gehen darf, weil er lediglich den Abschluß eines fehlerfreien, vollwirksamen Vertrages darstellen will. Für unser Thema genügt die Feststellung, daß die Übereinstimmung der Willenserklärungen einen wirksamen Vertrag hervorruft, mag die Wirksamkeit in manchen Fällen auch nachträglich beseitigt werden können.

Nicht gegen unsere Ansicht spricht § 118 BGB. Wenn man verlangt, daß der Mangel der Ernstlichkeit in der Erklärung, sei es auch erst bei Berücksichtigung des gesamten Erklärungstatbestandes, zum Ausdruck gekommen ist, so spricht § 118 BGB. sogar für unsere Ansicht. Wenn man aber das subjektive Fehlen der Ernstlichkeit genügen läßt, so wird in diesem gewiß seltenen Falle, wo ein nicht unter § 116 BGB. fallendes lediglich subjektives Fehlen der Ernstlichkeit vorliegt, immer die Verpflichtung zum Ersatz des etwaigen Schadens gemäß § 122 BGB. durchgreifen, so daß die Erklärung trotz mangelnden Willens dennoch Rechtswirkungen auslöst. Für unsere Ansicht sprechen insbesondere §§ 116 Satz 1 und 119 BGB., aber auch die §§ 116 Satz 2 und 117 BGB., weil angesichts des Erklärungstatbestandes die Erklärung einen anderen Sinn bekommt, als es auf den ersten Blick scheint.

---

[25]) So auch Siber, Gruch. Beitr. Bd. 60 S. 464; Titze, Richtermacht S. 6.

[26]) Manigk a. a. O. S. 216 ff., insbes. S. 223: „Der Vertrag (die Einigung) kommt durch die auf der Willensübereinstimmung beruhende Übereinstimmung der Erklärungen der Parteien zustande."

[27]) a. a. O. S. 225.

[28]) a. a. O. S. 227.

Da, wie wir gesehen haben, im Zweifel immer das Regelmäßige gewollt ist, so kann die Feststellung des gewollten Charakters keine Schwierigkeiten bieten. Wenn nicht das Gegenteil erklärt worden ist, so ist der Charakter gewollt, der bei Geschäften, die unter den gegebenen Umständen abgeschlossen werden, regelmäßig gegeben ist. Daraus ergibt sich die Bedeutung des status rerum, der Geschäftsgrundlage, des Milieus[29]) für die Bestimmung des gewollten Charakters und damit für unser Problem.

Das Vertragsverhältnis ist nun ein Lebensverhältnis[30]) und als solches von den tatsächlichen Begebenheiten, den „Umständen", dem Milieu, dem status rerum abhängig. Soll daher das Vertragsverhältnis einen bestimmten Charakter haben, so müssen auch die Umstände entsprechend sein. Es müssen also die zur Erzielung dieses Charakters erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. So ist z. B. Voraussetzung des reinen Kreditgeschäftes die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so trägt das Vertragsverhältnis nicht den Charakter des reinen Kreditgeschäftes, sondern den des Risikogeschäftes. Es fehlt die für das reine Kreditgeschäft charakteristische Gewißheit des Kreditgebers über den Empfang der Gegenleistung. Dafür liegt die dem Risikogeschäft eigentümliche beachtliche Ungewißheit über den Empfang der Gegenleistung vor. Ebenso ist Voraussetzung für ein gewöhnliches Umsatzgeschäft die Gleichwertigkeit oder annähernde Gleichwertigkeit der gegenseitigen Leistungen. Ist nun eine Leistung wertlos oder erheblich unterwertig, so fehlt das für das gewöhnliche Umsatzgeschäft kennzeichnende Merkmal. Wir haben dann statt des Kaufes die Schenkung, statt der Miete die Leihe, statt des Dienstverhältnisses den Auftrag oder ein Zwischending zwischen den genannten Gegensätzen, das negotium mixtum[31]). Charakteristisch für das regelmäßige Schenkungsversprechen ist, wenn wir von den Anstandsschenkungen absehen, daß der Versprechende von seinem Überfluß geben will. Voraussetzung ist also ein solcher Überfluß. Charkteristisch für die regelmäßige Leihe ist, daß der Verleiher dem Entleiher eine Sache überläßt, die er selbst nicht braucht. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist das Vertragsverhältnis zwar noch immer eine Schenkung, eine Leihe, aber nicht die regelmäßige, die gewöhnliche; es erfordert auf seiten des Verleihers und des Schenkers für die Überwindung der stärkeren selbstsüchtigen Beweggründe eine Kraftanstrengung, die bei der gewöhnlichen Leihe und Schenkung nicht

[29]) Dusi a. a. O. S. 152: l'ambiente obiettivo.
[30]) Vgl. Klein, Untergang der Obl. S. 82.
[31]) Vgl. über den Begriff des negotium mixtum (gemischte Schenkung) RG. Bd. 101 S. 100.

notwendig ist und daher von dem Verleiher und Schenker nicht geschuldet wird. Aber wenn der Verleiher in Kenntnis dieser Erschwerungen leistet, wird man ihn doch wohl beim Wort halten müssen.

Wenn die Parteien einen Vertrag schließen, so geben sie damit zu erkennen, daß sie über das Vorliegen der zur Erreichung des gewollten Charakters erforderlichen Voraussetzungen nicht im Zweifel sind, mögen sie sich auch beim Vertragsschluß über die Voraussetzungen im einzelnen besondere Vorstellungen nicht machen. Zuweilen geben die Parteien freilich ausdrücklich an, daß sie eine bestimmte Voraussetzung als vorhanden ansehen. A erklärt z. B. dem B: Ich halte dich für kreditwürdig, darum will ich dir Kredit geben. Die Erklärung: Ich halte dich für kreditwürdig enthält an sich die Angabe eines negativen Motivs: Ich würde dir keinen Kredit geben, wenn ich dich nicht für kreditwürdig halten würde. Diese Erklärung dessen, was man unter bestimmten Umständen wollen würde, ist keine Willenserklärung. Das haben wir oben bereits im Anschluß an Lenel festgestellt. Betrachten wir aber die Erklärung zusammen mit der Erklärung: Ich will dir Kredit geben, so sehen wir, daß sich aus der Angabe des negativen Motivs, der Voraussetzung, eine Beschränkung der Willenserklärung ergibt: Ich will dir im Rahmen eines reinen Kreditgeschäftes Kredit geben. Windscheids Behauptung, daß die Hinzufügung einer Voraussetzung eine Selbstbeschränkung des Willens enthält, ist also insoweit richtig, als durch die Voraussetzung der gewollte Charakter des Geschäftes bestimmt wird. Darauf hat bereits Krückmann hingewiesen: „Man muß die Erklärung in einen mitteilenden und in einen verfügenden Teil zerlegen. Der erste gibt an, wovon die Partei ausgegangen ist, und dient demzufolge zur Auslegung des zweiten, bestimmt seine Bedeutung, da er die Geschäftsgrundlage mitteilt.“ [32]) Die Ausbedingung eines bestimmten Charakters ist nicht gleichbedeutend mit der Ausbedingung eines Vorbehalts des Inhalts, daß der Erklärende bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten an seine Erklärung nicht gebunden sein wolle. Diese psychologisch unhaltbare Deutung der Voraussetzung ist bei unserer Konstruktion nicht notwendig. Was Lenel gegen sie und damit gegen Windscheids Lehre von der Voraussetzung überhaupt mit Recht gesagt hat, trifft daher auf unsere Konstruktion nicht zu. Im gleichen Sinne bewegen sich die Ausführungen von Rhode [33]) und Kohler [34]). Kohler drückt sich freilich sehr unbestimmt aus. Nach ihm ist die Voraussetzung nicht als eine Bedingung, sondern in „einer

[32]) Jherings Jahrb. 1925 S. 40 f.
[33]) Rhode a. a. O. S. 322.
[34]) Kohler, ArchZivPrax. Bd. 101 S. 379.

anderen Weise" aufzufassen. Wenn Kohler in der Hinzufügung einer Voraussetzung unter Umständen auch eine Bedingung oder Unterstellung sehen will, so handelt es sich dabei nicht um die Windscheidsche Voraussetzung, sondern um den Fall, daß die Parteien den Begriff Voraussetzung verwenden, um eine Bedingung zu bezeichnen[35]).

Mit unserer Darstellung decken sich ferner die Ausführungen v. Tuhrs, der ausdrücklich hervorhebt[36]), daß die Abhängigkeit des Rechtsgeschäft von einer Bedingung oder von der Wirklichkeit der Voraussetzung entweder in der Willenserklärung ausdrücklich bestimmt oder aus der Willenserklärung durch Auslegung als gewollt zu entnehmen sei. Diese Ausführungen beziehen sich auf Bedingung und Voraussetzung. Sie sind dahin zu ergänzen, daß die Abhängigkeit des Rechtsgeschäfts von einer Bedingung nur ausdrücklich erklärt werden kann, während das Vorliegen einer Voraussetzung immer nur aus den Umständen, nicht schon durch die Bekanntgabe des Umstandes, der die Voraussetzung bildet, erkannt werden kann.

Wie wir gesehen haben, ist gegen Windscheids Lehre der Vorwurf erhoben worden, daß sie den Gegner letzten Endes mit einer Bedingung belaste, die er nicht angenommen habe und auch nicht angenommen haben würde. Diesen Vorwurf haben wir als ungerechtfertigt zurückgewiesen. Gegen unsere Konstruktion kann er nicht einmal ernstlich erhoben werden. Denn die Erklärung: Es soll ein Geschäft mit dem Charakter a sein, ist eine Erklärung wie jede andere Willenserklärung. Ist sie gehörig erklärt, sei es ausdrücklich, sei es durch Bezugnahme auf die gegebenen Umstände, sei es implicite durch die Angabe von Voraussetzungen, so muß der andere sie als erklärt gelten lassen, auch wenn er sie entweder nicht erkannt oder mißverstanden hat. Hat also der Offerent ein Vertragsangebot auf Begründung eines Vertragsverhältnisses mit dem Charakter a gemacht, und hat der Erklärungsempfänger diesen Antrag angenommen, so ist die Bestimmung über den Charakter zu einer Vertragsklausel geworden und als solche wirksam. Höchstens hat der Annehmende ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums über den Inhalt seiner Erklärung.

Einen weiteren Fortschritt gegenüber Windscheids Voraussetzungslehre zeigt unsere Konstruktion bei der Behandlung der sogenannten selbstverständlichen oder stillschweigenden Voraussetzungen, die sich auf Punkte beziehen, welche den Umständen nach selbstverständlich sind, und die man daher nicht besonders zum Ausdruck gebracht hat. Diese Voraussetzungen sind durchaus nicht so selbstverständlich,

---

[35]) Vgl. Riezler bei Staudinger I (9. Aufl.) S. 656.
[36]) Allg. Teil Bd. 2 1. Hälfte S. 201.

wie man nach ihrem Namen annehmen sollte. Denn wenn etwas Selbstverständliches nicht besonders erklärt wird, so kann das, wie wir gesehen haben, auf verschiedenen Gründen beruhen. Entweder hat der Erklärende eine besondere Erklärung des Selbstverständlichen für überflüssig gehalten, oder er hat sich über das Selbstverständliche keine oder doch nur unklare Vorstellungen gemacht, so daß ihm die rechtliche Bedeutsamkeit des Selbstverständlichen als Willensbeschränkung gar nicht zum Bewußtsein gekommen ist und daher eine Voraussetzung im Sinne Windscheids nicht vorliegt. Wie soll nun der Anerklärte erkennen können, welche der beiden Möglichkeiten vorliegt? Wie soll überhaupt festgestellt werden, ob der Erklärende selbst eine genügend klare Vorstellung gehabt hat? Man sieht, es gibt nur zwei Möglichkeiten: Entweder berücksichtigt man alle selbstverständlichen Voraussetzungen oder keine. Der erste Weg führt zur Fiktion, der zweite scheidet gerade die Fälle aus, zu deren Lösung die Voraussetzungslehre doch in erster Linie bestimmt ist. Stellt man es dagegen nicht auf das auf seine Realität schwer nachzuprüfende psychologische Moment der Voraussetzung ab, sondern auf das normative Moment der Charaktervereinbarung, so werden die genannten Schwierigkeiten vermieden. Denn das nach den Umständen Selbstverständliche ist, um das noch einmal zu betonen, ohne weiteres Bestandteil der Willenserklärung und dadurch auch des Vertrages, so daß wir des Umweges über die selbstverständliche Voraussetzung erst gar nicht bedürfen. Ist auch nicht festzustellen, ob die Parteien bestimmte Voraussetzungen gehegt haben, so haben sie doch in aller Regel eine allgemeine Vorstellung von dem Geschäft gehabt, das heißt, sie haben sich den Charakter des Geschäftes vorgestellt. Und wenn in dem einen oder anderen Falle eine Partei keine oder eine irrige Vorstellung von dem Geschäft gehabt hat, so ist das unerheblich. Wenn es angesichts der Willenserklärung nicht einmal auf den wirklichen Willen der Partei ankommt, so kommt es auf ihre hinter dem Willen liegenden Vorstellungen erst recht nicht an.

Wir wenden uns nunmehr dem Verhältnis der clausula rebus sic stantibus zu unserer sich auf den Vertragscharakter beziehenden Vertragsabrede zu. Hat diese z. B. den Inhalt, das Vertragsverhältnis soll ein reines Kreditgeschäft sein, so lautet die entsprechende cl. r. s. st., sofern wir sie als wirkliche Klausel auffassen: Das Vertragsverhältnis soll so lange bestehen, als es ein reines Kreditverhältnis ist. Wir sehen, die wirkliche cl. r. s. st. enthält die Bestimmung des Charakters. Gleichzeitig erkennen wir, daß die wirkliche cl. r. s. st. außerdem eine auflösende Bedingung enthält: Das Vertragsverhältnis soll enden, wenn es aufhört, ein reines Kreditverhältnis zu sein, also wenn der Kreditnehmer kreditunwürdig wird. Die wirkliche cl. r. s. st. besteht somit

aus zwei Klauseln: 1. das Vertragsverhältnis soll ein reines Kreditgeschäft sein, 2. es soll enden, wenn es aufhört, ein reines Kreditgeschäft zu sein. Daß die Parteien ihrem Vertrage eine solche cl. r. s. st. einfügen können, steht außer Frage, sofern nicht das Geschäft bedingungsfeindlich ist, also zum Beispiel nicht bei der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB.) oder der Eheschließung (§ 1317 Abs. 2 BGB.). Nun ist aber das unbedingte Geschäft die Regel, das bedingte Geschäft die Ausnahme[37]). Daher kann es eine stillschweigende Bedingung und damit eine tacita clausula rebus sic stantibus, also die Erscheinungsform der Klausel, die man gewöhnlich meint, wenn man von der Klausel spricht, gar nicht geben[38]). Wer also unter Umständen, die eine Veränderung des status rerum besorgen lassen, eine Willenserklärung abgibt, erklärt damit nicht, daß er den Eintritt der Veränderung zur auflösenden Bedingung, mache, sondern daß er ein Risikogeschäft abschließen will. Ist aber nach den Umständen mit einer Veränderung dieser Umstände gar nicht zu rechnen, so kann auch keine Rede davon sein, daß sich aus ihnen eine selbstverständliche Vertragsbestimmung für diesen gar nicht in Betracht zu ziehenden Fall ergibt. Und gerade in den Fällen, mit denen sich die Lehre von der cl. r. s. st. befaßt, ist es eigentümlich, daß beim Vertragsabschluß nicht die geringsten Anzeichen einer Änderung der Verhältnisse vorliegen. Vielmehr kommt die Veränderung ganz unerwartet. Hier von einer wirklichen Klausel zu reden, hieße in der Tat mit Fiktionen arbeiten. In Wirklichkeit ist die cl. r. s. st. nur die Summe der Folgen, die sich daraus ergeben, daß ein Vertragsverhältnis den im Vertrag gewollten Charakter nicht hat. In diesem Sinne wird die Klausel auch von Stahl und Krückmann verstanden. Nach Stahl ist ja die Klausel, wie wir gesehen haben, dasjenige Rechtsinstitut, welches bestimmt ist, einer nach Abschluß des Vertrages eintretenden Veränderung der Umstände Rechnung zu tragen, wenn durch diese Veränderung das Wesen des Vertrages zerstört ist oder gefährdet erscheint. Was Stahl hier als Wesen des Vertrages bezeichnet, ist alles das, was diesen Vertrag von anderen unterscheidet, also das, was wir Charakter des Vertrages genannt haben, nicht auch das, was allen Verträgen gemeinsam ist. Nur ist Stahls

---

[37]) Die bei Soergel, BGB. 1926 S. 202 Nr. 8 angeführten Entscheidungen und Abhandlungen beziehen sich auf die Beweislast, haben also mit unserer Frage nichts zu tun.

[38]) Vgl. Krückmann, Clausula S. 210: „Darum ist es auch so ganz unmöglich, die cl. r. s. st. durch stillschweigende Nebenverträge rechtfertigen zu wollen; vielmehr liegt immer das Gegenteil einer Verabredung, ein absolutes Nichts vor. Wo die cl. r. s. st. auf eine Nebenabrede zu gründen ist, liegt schon eine vollkommene Bedingung vor."

Ausdrucksweise unklar: Von einer „Gefährdung" des Wesens[39]) kann keine Rede sein. Lediglich darauf kommt es an: Hat das Vertragsverhältnis — noch — den gewollten Charakter?

Ebenso will Krückmann, wenn er in der Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit des Vertrages des Rätsels Lösung sieht, die Entscheidung damit lediglich auf den Vertragscharakter abstellen, wie sich aus seinen Ausführungen in JW. 1922 S. 705[40]) und in Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 1 ff.[41]) ergibt. In den Krückmannschen Fällen ist das Vertragsverhältnis an sich, also von den Parteien losgelöst betrachtet, durchaus nicht sinn-, zweck- und gegenstandslos. Es hat nur einen anderen als den gewollten Sinn, Zweck, Gegenstand, mit a. W.: Charakter. Wenn durch die Entwertung der Gegenleistung aus dem Kauf eine Schenkung, aus der Miete die Leihe, aus dem Dienstverhaltnis der Auftrag wird, so ist das Vertragsverhältnis als solches in seiner neuen Gestalt sicherlich nicht sinn-, zweck- und gegenstandslos. Sonst wurde man ja die Schenkung, die Leihe, den Auftrag, also die auf altruistischer Gesinnung beruhenden Rechtsgeschäfte und damit den Altruismus selbst für sinnlos erklären. Ebensowenig ist es sinnlos, dem Kreditnehmer auch dann Kredit zu gewähren, wenn er in eine bedrängte Vermögenslage geraten ist. Sinn-, zweck- und gegenstandslos ist aber vom Standpunkt der Parteien ein Rechtsverhältnis, das als Kauf, Miete, Dienstverhältnis gewollt war, aber den Charakter der Schenkung, der Leihe, des Auftrages trägt. Darin hat Krückmann recht.

Berücksichtigt man die Gruppen, die Krückmann gebildet hat, so kommt man zu dem gleichen Ergebnis.

Indem wir es bei der Lösung des Problems auf den Vertragscharakter abstellen, vermeiden wir auch die Fehler, die Oertmann in seiner Lehre von der Geschäftsgrundlage begangen hat. Die bei Abschluß des Vertrages bekannten Parteivorstellungen, die Oertmann unter der Bezeichnung Geschäftsgrundlage zusammenfaßt, können von Bedeutung sein, aber dann ergibt sich die Bedeutung nicht aus ihrer Eigenschaft als Geschäftsgrundlage, sondern aus ihrer Eigenschaft als Teil des Erklärungstatbestandes, also als Mittel zur Ergänzung einer abgekürzten Willenserklärung, als Mittel zur Feststellung des Vertragsinhaltes. Das werden wir an einem einfachen Beispiele sehen. A bestellt für die Hochzeit seiner Tochter Wein. Geschäftsgrundlage im Sinne Oertmanns ist dann die Vorstellung des A von der bevorstehen-

---

[39]) Stahl a. a. O. S. 67.

[40]) Vgl. insbesondere: „Um einengende Auslegung und nichts anderes handelt es sich."

[41]) Vgl. insbes. S. 52: „Die historisch-kausale Vertragsgrundlage hat sich unwiderstehlich Anerkennung verschafft."

den Hochzeit seiner Tochter und dem dadurch verursachten Bedarf an Wein. Findet die Hochzeit nicht statt, so fällt die Geschäftsgrundlage weg. Dann müßte A nach Oertmanns Lehre von dem Vertrag frei werden, sofern der andere Vertragsteil die Geschäftsgrundlage in ihrer Bedeutung als Geschäftsgrundlage erkannt hat. Das wäre eine unmögliche Folgerung. Um das einzusehen, braucht man sich nur vorzustellen, daß es sich um Weine handelt, die der Weinhändler inzwischen besonders hat kommen lassen. Daß der Wein zu der Hochzeit gebraucht werden soll, ist ein besonderer Parteizweck, der also regelmäßig, d. h. wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart worden ist, den Vertragsinhalt nicht berührt. Die Bemerkung des A: „Für die Hochzeit meiner Tochter" ist demnach insoweit unerheblich. Aber in anderer Hinsicht kann sie von Bedeutung sein: Aus der Erklärung des A, daß der Wein für die Hochzeit bestimmt sei, ergibt sich als selbstverständlicher Vertragsinhalt, daß der Wein vor der Hochzeit und nicht nachher geliefert werden soll. Und so ist es in allen Fällen, in denen Oertmanns Geschäftsgrundlage von Erheblichkeit ist. Sie bildet einen Teil des Erklärungstatbestandes, aus dem der Inhalt der Willenserklärung festgestellt wird [42]).

Hinsichtlich der selbstverständlichen Geschäftsgrundlage gilt das von der selbstverständlichen Voraussetzung Gesagte [43]).

Gegenüber der Locherschen Geschäftsgrundlage hat die Betonung des Vertragscharakters zwei Vorzüge. Einmal umfaßt der Vertragscharakter auch die Fälle, die herkömmlich als unter unser Problem fallend angesehen werden, aber aus dem Gesichtspunkt der Zweckvereitelung weder erklärt, noch gelöst werden können, so z. B. den oben besprochenen Kongreßfall und die Fälle der §§ 605 Abs. 1, 519 BGB. Der zweite Vorzug liegt in der einfacheren, natürlicheren und sicheren Erklärung und Lösung auch der Fälle, die an sich aus dem Gesichtspunkt der Zweckvereitelung zu lösen sind, was wir z. B. an den coronation cases feststellen können. Bis zum Eintritt der Zweckvereitelung hat sich niemand darüber Gedanken gemacht, ob der von der einen Partei verfolgte Zweck ein reiner und darum unbeachtlicher Parteizweck ist, oder ob es sich um einen zum Inhalt des Vertrages erhobenen Zweck, um den Geschäftszweck handelt. Wonach richtet sich nun, ob ein Parteizweck oder ein Geschäftszweck vorliegt? Lediglich doch danach, ob durch die Zweckvereitelung das Vertragsverhältnis einen anderen als den gewollten Charakter angenommen hat. Ist durch die Zweckver-

[42]) So auch Krückmann, Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 43. Oertmanns Geschäftsgrundlage bedeutet daher gegenüber seinen Ausführungen in Doppelseitiger Irrtum S. 306 einen Rückschritt.

[43]) Vgl. S. 34 f.

eitelung die eine Leistung entwertet worden, und zwar objektiv, nicht nur für diesen Gläubiger, so ist aus dem gewöhnlichen Umsatzgeschäft, aus der gewöhnlichen Miete ein einseitiges Vertragsverhältnis, eine Schenkung geworden. Wir sehen also, die Zweckvereitelung ist nicht das Entscheidende. Trotz der Zweckvereitelung kann die Partei gebunden bleiben. Nur dann, wenn durch die Zweckvereitelung sich der Charakter des Rechtsverhältnisses geändert hat, nur dann ist die Zweckvereitelung bedeutsam. Also gibt der Vertragscharakter und nicht die Zweckvereitelung den Ausschlag[44]). Das hat Lenel bereits im Archiv ZivPrax. Bd. 74 S. 230 ausgeführt: „Rechtserheblich ist stets nur derjenige Zweck einer Leistung, der für die wirtschaftliche Natur der Leistung selbst bestimmend ist."[45])

Damit soll die Bedeutung des Vertragszwecks in keiner Weise geschmälert werden. Der Vertragszweck ist, wie ein Blick in die Rechtsprechung beweist[46]), und wie auch in der Rechtslehre immer betont worden ist, ein wichtiges Erkenntnismittel für unser Problem. Nur das entscheidende Kriterium ist er nicht.

§ 8.

Die Folgen, die sich daraus ergeben, daß ein Vertragsverhältnis nicht den vom Vertrage gewollten Charakter trägt (clausula rebus sic stantibus).

Wir kommen nunmehr zu den Folgen, die sich daraus ergeben, daß ein Vertragsverhältnis einen anderen als den gewollten Charakter trägt.

Krückmann sieht in JW. 1921 S. 1448 als einzige Folge ein Leistungsverweigerungsrecht, das je nach Lage des einzelnen Falles auf völlige, quantitativ oder qualitativ teilweise, auf dauernde oder zeitweise Verweigerung der Leistung oder auf Verbindung von gänzlicher oder teilweiser mit zeitweiser Verweigerung gehen kann. Dieses Leistungsverweigerungsrecht soll zu einer endgültigen Kündigungsbe-

---

[44]) Ebenso Krückmann, JW. 1922 S. 704 (bezüglich der Oertmannschen Geschäftsgrundlage): „Der Grund, weshalb dem Schuldner geholfen wird, ist nicht der Hinfall der Vertragsgrundlage." Ferner Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 47.

[45]) Weiterhin in ArchZivPrax. Bd. 79 S. 81: „Unter Vertragszweck aber verstehe ich hier nicht einen außerhalb des Vertrages, sondern den im Vertragsbegriff selbst liegenden Zweck, dessen Verfehlung alle Kausalverträge nichtig macht."

[46]) Vgl. z. B. RG. Bd. 22 S. 86 f. (für ALR.), Bd. 89 S. 206 f., Bd. 101 S. 169, Bd. 106 S. 98, 235, 367 f., Bd. 107 S. 217.

fugnis dann werden, wenn sich herausstellt, daß die Leistung während der ganzen Erfüllungszeit erschwert sein wird.

Dieser von Stammler[47]) geteilten Ansicht kann man nicht beistimmen. Wenn beim reinen Kreditkauf der kreditunwürdige Käufer auf Vorleistung besteht, so fordert er etwas, was ihm nicht geschuldet wird[48]). Vorleistung beim reinen Kreditkauf ist etwas ganz anderes als Vorleistung beim Risikogeschäft. Das zeigt sich an der verschiedenen Bewertung der beiden Leistungen. Wenn wir den Kaufpreis beim gewöhnlichen Kauf als Kaufpreis im engeren Sinne bezeichnen, so besteht die Gegenleistung beim reinen Kreditgeschäft aus Kaufpreis im engeren Sinne plus Stundungszinsen, beim Risikogeschäft aus Kaufpreis im engeren Sinne plus Stundungszinsen plus Risikoprämie. Auch werden die Fälle, in denen der Schuldner trotz eines Verweigerungsrechtes leisten will, nicht besonders häufig sein. Noch seltener sind aber sicherlich die Fälle, in denen der Gläubiger die unter den gegebenen Umständen angebotene Leistung zurückweist[49]). Wenn daher in den Coronation cases der Mieter eines Fensterplatzes das Bedürfnis hatte, trotz der Absagung des Krönungszuges und der dadurch bewirkten Entwertung der Leistung des Vermieters die Miete zu entrichten, so wird die Befriedigung dieses Bedürfnisses ganz gewiß nicht an dem Nichtwollen des Vermieters gescheitert sein. Zudem hat die Konstruktion als Leistungsverweigerungsrecht die Folge, daß das vor dem Entstehen der Einrede Geleistete nicht zurückverlangt werden könnte. Hat daher bei der Fenstermiete der Mieter den Mietzins bereits entrichtet, so könnte er bei Ausfall des Festzuges den Mietzins nicht zurückverlangen, auch nicht auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 813 BGB., weil zur Zeit der Leistung die Einrede noch nicht bestand[50]).

Diese Beschränkung auf ein Leistungsverweigerungsrecht wirkt demnach zum mindesten ungerecht, weil man mit einem einzigen Rechtsbehelf nicht allen Möglichkeiten gerecht zu werden vermag, die in den Fällen unseres Problems hervortreten können. Darum hat auch Krück-

---

[47]) Stammler, ZBernJurV. 1922 S. 55 f.

[48]) Vgl. Jacobi, Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 84: „M. E. wirkt in der Tat auch die Überobligationsmäßigkeit ipso jure." Ferner Nipperdey, Vertragstreue S. 16 f.; Stampe, Jherings Jahrb. Bd. 72 S. 398; Endemann, JW. 1921 S. 9; Michaelis a. a. O. S. 11; Enneccerus, Lehrbuch I, 2. Abt. 1927 S. 132; RG. Bd. 99 S. 115 f., Bd. 102 S. 99 f.

[49]) Vgl. auch Jacobi, Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 86.

[50]) Vgl. RG. SächsArchR. 1908, 266; Komm. d. RGR. 3. Aufl. Bd. 1, 1921 S. 966. In der Tat haben die englischen Gerichte in den Coronation cases einen Rückforderungsanspruch des Mieters verneint, während sie die Klage des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses abwiesen, vgl. Eickemeyer a. a. O. S. 131.

mann seinen Standpunkt später geändert und erklärt, man müsse von Fall zu Fall zusehen, worauf die Auswirkung der Vertragsgrundlage hinauslaufe[51]).

Wenn der hervorragendste Vertreter der Klausellehre die cl. r. s. st. zunächst als ein Leistungsverweigerungsrecht konstruierte, so hat er freilich seine guten Gründe dafür gehabt. Der Konstruktion liegt ein feinsinniges Verständnis für die Bedürfnisse der Rechtsprechung zugrunde: „Der Richter muß pflichtgemäß immer genau wissen und aussprechen, wo Recht und Unrecht liegt. Dabei muß er, da sich stets zwei Beteiligte widersprechend gegenüberstehen, dem einen versagen, was er dem anderen gewährt. Wenn er die Klage abweist, schützt er den Beklagten in seiner Besitzlage. Der Richter wird nun zwar ganz naturgemäß bei der Prüfung der Klagevoraussetzungen, auf Grund deren eine Veränderung erzwungen werden soll, vorsichtiger sein und sich enger an die bekannten und überlieferten Regeln und das bisher Geübte gebunden fühlen, er wird ihnen gegenüber seinem persönlichen Rechtsbewußtsein größere Opfer an empfundener Härte zuzumuten geneigt sein, als wenn er die Einwände des Beklagten prüft, der die bestehende Lage verteidigt. Er wird in diesem Fall zur Verteidigung des Beklagten schon viel eher seinem persönlichen Rechtsempfinden Spielraum gewähren als zum Angriff. Denn in diesem Fall, bei einer nach Regelrecht begründbaren, aber ihm unrecht, unbillig scheinenden Klage, müßte er ja selber durch seine Tätigkeit das Unrecht verwirklichen, wenn er nämlich sich der Berufung auf Billigkeitserwägungen versagt, die der Beklagte vorbringt, während er in jenem Fall nur den als unbillig empfundenen Zustand nicht zu wenden vermag, wenn er nämlich die ihm gerecht erscheinende, aber aus dem Regelrecht nicht begründbare Klage abweist. Dem entspricht die zweifellose geschichtliche Tatsache, daß neue Rechtsgedanken sich zuerst als Verteidigungsmittel durchsetzen. Unde pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem heißt es in den Pandekten (Dig. 2,14 l. 7 § 4). Man hat gesagt, das ganze römische Schuldrecht habe sich aus der Einrede der Arglist entwickelt. Allemal wird erst später als in der Verteidigung die gleiche Tatsache zur klageweisen Durchsetzung anerkannt, quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere (Gajus 4, 116)."[52])

Krückmann beantwortet in JW. 1921 S. 448 bei seiner Darstellung gleichzeitig zwei Fragen: 1. Wie kann sich der Schuldner gegen den Leistungsanspruch wehren, wenn das Vertragsverhältnis nicht den

---

[51]) Jherings Jahrb. Bd. 75 S. 49.
[52]) Jung, Rechtsregel S. 114 f.

im Vertrage gewollten Charakter hat? 2. Was wird aus dem Vertragsverhältnis, wenn es den im Vertrage gewollten Charakter nicht hat? Beide Fragen werden zweckmäßig scharf getrennt, denn sie behandeln verschiedene Punkte. Die erste Frage haben wir bereits beantwortet, der zweiten wenden wir uns nunmehr zu.

Die zweite Frage läßt sich nicht einheitlich beantworten. Es sind vielmehr drei Gruppen von Fällen zu unterscheiden. In den Fällen der ersten Gruppe steht fest, daß das Vertragsverhältnis den im Vertrage gewollten Charakter nicht mehr annehmen wird. Der Krönungszug ist endgültig abgesagt oder wird durch andere Straßen ziehen. Die Leistung des Vermieters ist ein für allemal entwertet. Oder das Geschäft kann erst in einem Zeitpunkt abgewickelt werden, in welchem die ursprünglichen Vertragspflichten für beide Teile wirtschaftlich und damit überhaupt erheblich verändert sein würden[53]). Das Vertragsverhältnis wird hier nicht mehr den Charakter des gewöhnlichen Umsatzgeschäftes annehmen, weil es ihn nicht mehr annehmen kann. Darum vermag die einzig annehmbare Regelung dieser Gruppe nur dem Unmöglichkeitsrecht entnommen werden. Dagegen wenden sich Oertmann[54]), Locher[55]), Stampe[56]) und Siegwart[57]) mit der bereits als unerheblich nachgewiesenen Begründung, man könne doch der durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage getroffenen Partei nicht zumuten, das Geschäft auch wider ihren Willen fallen zu lassen. Auch Oertmanns weiterer Einwand, wenn selbst der Irrtum über den Geschäftsgegenstand das Geschäft nicht nichtig mache, so könne der bloße Mangel der nicht zum Geschäftsinhalte erhobenen bloßen Geschäftsgrundlage unmöglich schärfer wirken, ist unserer Konstruktion gegenüber nicht gerechtfertigt.

Bei der im vorstehenden behandelten Gruppe von Fällen ist die Unmöglichkeit, den gewollten Charakter des Vertragsverhältnisses herbeizuführen, eine echte, logische Unmöglichkeit, ist Notwendigkeit des Nichtgeschehens, also keine „wirtschaftliche", „juristische" Unmöglichkeit. Sie ist auch eine absolute Unmöglichkeit, keine relative. Wenn Nipperdey meint[58]): „Unmöglich ist, was praktisch (nach den Erfahrungssätzen der praktischen Vernunft) nicht geschehen kann. Nichtzumutbar ist, was praktisch geschehen kann, aber der Schuldner nicht

---

[53]) RG. LZ. 1918 Sp. 832, Recht 1924 Nr. 341, RG. Bd. 88 S. 74, Bd. 89 S. 206, Bd. 90 S. 104, Bd. 92 S. 426, Bd. 107 S. 158 f.
[54]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 155 f., 158 f.
[55]) Locher a. a. O. S. 106.
[56]) Stampe, Jherings Jahrb. Bd. 72 S. 397.
[57]) Siegwart a. a. O. S. 167.
[58]) Nipperdey, Vertragstreue S. 12.

leisten braucht", so hat er damit zwar recht, seine Ausführungen beziehen sich aber nur auf die einzelnen Leistungen, nicht auf die Herstellung des Vertragscharakters, wie sich aus seinen weiteren Ausführungen auf S. 19 ebenda ergibt.

Gibt daher das Unmöglichkeitsrecht eine geeignete Grundlage für die Lösung ab, so bedarf es der von Roth[59]) vorgeschlagenen Ergänzung des Gesetzes ebensowenig wie der von Krückmann bereits in „Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß" S. 283 angeregten Änderung der Bestimmungen über Unvermögen und subjektive Unmöglichkeit[60]).

Die Nichtübereinstimmung des Vertragsverhältnisses mit dem Vertrage braucht nicht immer die Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Folge haben. Sie kann auch eine Änderung des Vertragsinhaltes bewirken[61]). Das ist in der zweiten und dritten Gruppe der Fall.

In den Fällen der zweiten Gruppe kann das Vertragsverhältnis den im Vertrage gewollten Charakter annehmen, wenn bestimmte Einzelbestimmungen des Vertrages abgeändert werden. Ist z. B. der Mietzins von 1000 Mark völlig wertlos geworden, so kann das Vertragsverhältnis den gewollten Charakter der gewöhnlichen Miete dadurch erlangen, daß der Mieter nicht, wie im Vertrage vorgesehen, 1000 Mark, sondern etwa eine Billion Mark als Mietzins zahlt. Wie aber, wenn der Mieter das nicht will? Ist er trotzdem zur „Aufwertung" seiner Leistung verpflichtet? Zur Lösung dieser Frage konstruiert Oertmann so: Erklärt der Vermieter, daß er für 1000 Mark nicht mehr leisten will, so ist das Mietsverhältnis mit diesem Inhalt erloschen. Sind aber nachweislich beide Teile mit der grundsätzlichen Fortsetzung des Vertragsverhältnisses einverstanden, so besteht der Mietvertrag ohne die Abrede über den Mietzins fort, was nach Oertmann der Logik und mit Rücksicht auf § 139 BGB. auch dem geltenden Rechte entspricht. Der Vertrag besteht nach dem nachweisbaren Parteiwillen ohne die Abrede über die Höhe des Entgeltes fort, so daß dann der übliche oder ange-

---

[59]) Roth, JW. 1920 S. 476: „Ist ein Vertragsteil infolge von Umständen, die weder er noch der Vertragsgegner zu vertreten hat, an der ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Leistung geraume Zeit verhindert und hat sich infolgedessen für ihn oder für den anderen Teil die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrages wesentlich verändert, so kann derjenige Vertragsteil, zu dessen Lasten die Veränderung eingetreten ist, vom Vertrage zurücktreten."

[60]) Krückmann schlägt dort folgende Bestimmung vor: „Stellt sich die Leistung des Schuldners als derart beschwerlich oder unerschwinglich heraus, daß ihm nach Treu und Glauben gerechterweise nicht zugemutet werden kann, bei seinem Worte zu bleiben, so darf er die Leistung so lange, als sie unerschwinglich bleibt, verweigern."

[61]) Vgl. außer den im folgenden Genannten auch Rabel, JW. 1922 S. 703; Siegwart a. a. O. S. 169; Oberster Gerichtshof Prag in Soergel, Rechtspr. 1925 S. 48 Nr. 183; RG. Bd. 107 S. 154.

messene Mietzins an die Stelle des ursprünglich vereinbarten Mietzinses tritt[62]). In gleicher Weise konstruiert das Reichsgericht, das aber bei der Bemessung der Leistung auch die Lage des Leistungspflichtigen berücksichtigen will[63]). Diese Konstruktion würde richtig sein, wenn beide Parteien den angemessenen oder üblichen Mietzins wollten. Das ist indes nicht der Fall; denn der Mieter will eben nicht den angemessenen Betrag von einer Billion Mark, sondern den auch nach seiner Ansicht nicht angemessenen Betrag von 1000 Mark zahlen[64]). Richtiger ist die Begründung, die das Reichsgericht an einer anderen Stelle[65]) für diese Abänderungsmöglichkeit anführt: Wenn man von dem Grundsatze von Treu und Glauben ausgeht, so liegt es näher, die schärfere Folge einer Vertragsaufhebung nur da als geboten und gerechtfertigt anzusehen, wo eine Ausgleichung der beiderseitigen Interessen nicht durch das mildere Mittel einer Änderung der Vertragsleistungen bei Fortbestand des Vertragsverhältnisses im übrigen zu erwarten ist.

Dieser Gedanke führt uns auf die richtige Lösung hin. Haben die Parteien einen bestimmten Charakter des Vertragsverhältnisses gewollt, so haben sie sich damit auch zu einem Verhalten verpflichtet, das zur Herbeiführung dieses Charakters erforderlich ist. Von diesem Grundgedanken aus sind die Einzelbestimmungen des Vertrages zu verstehen. Nur von diesem Grundgedanken aus haben sie Geltung und Daseinsberechtigung. Hat sich der Charakter des Vertragsverhältnisses geändert, so steht es nicht nur im Widerspruch mit dem Vertrage, sondern auch, worauf Rhode hingewiesen hat[66]), mit sich selbst: Einmal soll der Mieter den gewöhnlichen Mietzins zahlen, dann aber soll er die wertlosen 1000 Mark zahlen. Dieser Widerspruch kann nur ein scheinbarer sein und nur auf Kosten der Einzelbestimmung zugunsten der Generalklausel des Vertragscharakters gelöst werden[67]). Die Abrede über die Zahlung der 1000 Mark fällt, wie Oertmann richtig ausgeführt hat, fort. Die Abrede über den Vertragscharakter und damit den nach Ansicht der Parteien angemessenen Mietzins bleibt, bleibt, weil sie im Vertrage begründet ist. Sie entsteht also nicht erst durch den auf das Festhalten am Vertrage gerichteten nachträglichen Willen der Parteien. Freilich tritt die Bestimmung erst jetzt in die Erscheinung, weil sie erst jetzt bedeutungsvoll wird. Zwar kann, darin ist Oert-

---

[62]) Oertmann, JW. 1921 S. 1516.
[63]) RG. Bd. 100 S. 132 f.
[64]) Vgl. Leonhard, Auslegung S. 40; Stern a. a. O. S. 47 f.
[65]) RG. Bd. 107 S. 153.
[66]) Rhode a. a. O. S. 303.
[67]) So auch Rhode a. a. O. S. 309; Jacobi, Jherings Jahrb. Bd. 70 S. 134.

mann[68]) beizustimmen, der Vertrag durch den Einfluß der veränderten Umstände einen positiv anderen Inhalt nicht bekommen, weil Rechtswirkungen von Willenserklärungen positiv nur durch die Erklärung und ihren Inhalt bestimmt werden können[69]). Aber ein positiv anderer Inhalt wird auf diese Weise nicht herbeigeführt. Es wird lediglich der vom Vertrag gewollte Charakter des Vertragsverhältnisses 'verwirklicht. Darum hängt es auch nicht, wie vielfach angenommen wird[70]), von dem Belieben einer Partei ab, ob sie sich auf den „geänderten" Inhalt einlassen will oder nicht. Sie ist vielmehr, wie Nipperdey richtig erkannt hat[71]), einfach dazu verpflichtet. Durch die Erfüllung dieser Pflicht wird ihre Lage gegenüber dem Stande zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht verschlechtert. Wenn ihr trotzdem die Erfüllung ihrer Verpflichtung schwer fällt oder gar unmöglich wird, so hat das Gründe, die außerhalb des Vertrages liegen: Die Partei hat ihr Vermögen ganz oder teilweise verloren. Das aber geht die Gegenpartei nichts an, wenn sie freilich auch unter den Auswirkungen dieses Vermögensverfalles zu leiden haben wird. Ob die Partei ihr gesamtes Vermögen durch den Konkurs ihrer Bank verliert oder durch eine vollständige Geldentwertung, ist für ihr Verhältnis zur Gegenpartei einerlei.

Ist die Aufwertung einer entwerteten Leistung nicht möglich, so kann der gewollte Charakter des Vertragsverhältnisses möglicherweise durch eine Herabsetzung der Gegenleistung hergestellt werden. Ein neues Erzeugungsverfahren zieht z. B. einen gewaltigen, über den Rahmen des gewöhnlichen Kaufes hinausgehenden Preissturz nach sich.

Wir sehen, daß es sich bei der zweiten Gruppe nicht darum handelt, das vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung abzuändern. Das wäre, darin hat Titze[72]) recht, nicht zulässig. Es handelt sich auch nicht um die gleichfalls unzulässige Abänderung des Vertrages als solchen, sondern um Änderungen innerhalb des durch den Vertrag gezogenen Rahmens. Gegen eine solche Abänderung bestehen keine Bedenken[73]). Es handelt sich ja nicht um eine Abänderung, die wie Stammler[74]), Geiler[75]), Mügel[76]), Bendix[77]),

---

[68]) Oertmann, Rechtsordnung S. 202.
[69]) Manigk, Willenserklärung S. 155.
[70]) z. B. von Siegwart a. a. O. S. 179; Stampe, Jherings J. Bd. 72 S. 400; Leonhard, Auslegung S. 40; Weygand a. a. O. S. 63, 92.
[71]) Nipperdey, Vertragstreue S. 31.
[72]) Titze, Richtermacht S. 31 ff.
[73]) RG. Bd. 87 S. 213 f.
[74]) Stammler, ZBernJurV. 1922 S. 57 f.
[75]) Geiler, Geldentwertung S. 49.
[76]) Mügel, Kommentar S. 96.
[77]) Bendix, LZ. 1925 Sp. 1309.

Rosenthal[78]), das Reichsgericht[79]) sowie das Landgericht Berlin[80]) anzunehmen scheinen, erst durch den Richter erfolgt. Es ist vielmehr so, daß, sobald ein Vertragsverhältnis den oben besprochenen scheinbaren Widerspruch aufweist, die Einzelbestimmung durch die Generalklausel des Vertragscharakters ausgeschaltet wird.

Lehnt eine Partei die Bewirkung der von ihr geschuldeten abgeänderten Leistung ernstlich und endgültig ab, so kommt es auf das Verhalten der Gegenpartei an. Ist diese mit der Leistungsverweigerung einverstanden, so liegt ein Abänderungs- oder Erlaßvertrag vor, andernfalls hat die Gegenpartei die aus § 326 BGB. für sie entstehenden Rechte. Sie kann insbesondere, und zwar sofort[81]), von dem Vertrage zurücktreten.

Bei der dritten Gruppe von Fällen kann das Moment, das den vom Vertrag gewollten Charakter vereitelt, aus dem Vertragsverhältnis entfernt werden. So kann z. B. bei dem Vertragsverhältnis, das entgegen dem Vertrage den Charakter des Risikogeschäftes trägt, das Moment der beachtlichen Ungewißheit über die Gegenleistung durch Sicherheitsleistung beseitigt werden. Aber wenn dieses Moment beseitigt wird, so verliert das Vertragsverhältnis zwar den augenblicklichen Charakter, nimmt aber nicht den vom Vertrag gewollten Charakter an: Ein Kreditgeschäft mit Sicherheitsleistung ist etwas anderes als ein Kreditgeschäft ohne Sicherheitsleistung. Das hat Regelsberger überzeugend nachgewiesen[82]). Infolgedessen ist der Kreditnehmer zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet. Ist er indes zur Sicherheitsleistung bereit, so ist der Gläubiger verpflichtet, sich auf die Sicherheitsleistung einzulassen. Denn bei jedem Vertrage ist es selbstverständliche Pflicht der Parteien, sich auf solche Änderungen einzulassen, die ihre eigene Lage nicht verschlechtern, der Gegenpartei aber die Leistung ermöglichen oder doch wesentlich erleichtern[83]). Das ist der Gedanke, der auch in den §§ 157, 242 BGB. zum Ausdruck kommt und hier aus dem viel gerühmten, aber auch viel geschmähten[84]) Begriff von Treu und Glauben gefunden wird. Solche Abänderungen können

---

[78]) RG. Bd. 100 S. 132.
[79]) Landgericht Berlin JW. 1922 S. 1346.
[80]) Rosenthal in „Recht u. Wirtschaft" 1920 S. 167.
[81]) RG. Bd. 67 S. 313.
[82]) Regelsberger, Jherings Jahrb. Bd. 40 S. 451 ff.
[83]) Siehe auch Locher, ArchZivPrax. N. F. 1 S. 95.
[84]) So z. B. Henle wiederholt, vgl. Unterstellung S. 187, wo er den Grundsatz von Treu und Glauben eine „jammervolle Ausgeburt einer dekadenten Phraseologie" nennt. Weniger scharf, aber im gleichen Sinne, sprechen sich Hedemann, DJZ. 1924 Sp. 189 f.; Endemann, JW. 1921 S. 8 aus.

sich außer der Sicherheitsleistung auch bezüglich der Leistungszeit und des Leistungsortes sowie in anderer Hinsicht ergeben[85]).

In diesen Fällen, in denen eine Partei zur Bewirkung einer abgeänderten Leistung zwar nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt ist, muß das Abänderungsrecht innerhalb der Frist geltend gemacht werden, deren es bedarf, um die neue Lage zu überblicken[86]). Dabei muß sich der Berechtigte über die Ausübung des Rechts von selbst erklären. Einer besonderen Aufforderung durch den Gegner bedarf es nicht.

Wenn wir in diesem Zusammenhange die Frage aufwerfen: „Wann kann die Nichtübereinstimmung des Vertragsverhältnisses mit dem Vertrage geltend gemacht werden?", so können wir von unserem Standpunkte darauf nur eine Antwort geben: Sobald das Vertragsverhältnis nicht mehr den gewollten Charakter trägt. Es ist also nicht notwendig, daß die Fälligkeit der Leistungen oder einer Leistung abgewartet wird.

Die Beeinflussung des Vertragsverhältnisses kann durch Umstände erfolgen, die in der Person des einen Vertragsteils liegen, so daß der andere Vertragsteil die Veränderung nicht oder nicht sofort erkennen kann. In diesen Fällen ist es nicht nur eine Gepflogenheit des kaufmännischen Verkehrs, sondern auch, wie Krückmann wiederholt ausgeführt hat[87]), eine im Schuldrecht allgemein bestehende Pflicht der Parteien, einander von den Ereignissen ohne schuldhaftes Zögern Mitteilung zu machen[88]). Verletzt eine Partei diese Anzeigepflicht, so ist sie gemäß § 276 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet. Die Einzelheiten dieser Anzeigepflicht ergeben sich aus der Fassung, die Krückmann für eine gesetzgeberische Behandlung vorgeschlagen hat: „Der Schuldner muß alle Ereignisse, die auf Inhalt und Umfang der Forderung Einfluß haben (oder: wodurch die Forderung verändert wird), dem Gläubiger ohne schuldhaftes Zögern anzeigen und muß den aus der Nichtanzeige erwachsenen Schaden ersetzen. Umstände, die der Gläubiger auch ohne Anzeige des Schuldners wissen muß, braucht der Schuldner nicht anzuzeigen, jedoch macht arglistiges Verschweigen haftbar."[89]) Die Zweckmäßigkeit dieser Regelung wird man nicht in Zweifel ziehen können, wenn man bedenkt, daß die Erfüllung der An-

---

[85]) Siegwart a. a. O. S. 180 f.

[86]) Vgl. RG. Bd. 88 S. 146 u. 263; OLG. Dresden, SächsArch. 1914 S. 514; RG. Recht 1924 Nr. 431.

[87]) Siehe außer im Text z. B. noch Jherings Jahrb. Bd. 59 S. 318 u. 367.

[88]) Vgl. auch RG. Bd. 112 S. 293 f.: „Dann aber wäre es nicht nur ein Gebot der Menschlichkeit, sondern vor allem auch ein selbstverständlicher Ausfluß der ... eingegangenen öffentlichrechtlichen Verpflichtungen gewesen, sie ... unverzüglich unter gleichzeitiger Angabe geeigneter Gegenmaßnahmen ... zu benachrichtigen."

[89]) Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß S. 285.

zeigepflicht kaum Mühe und Kosten verursacht, den Gegner aber in vielen Fällen vor großem Schaden bewahrt.

Außer bei Verletzung der Anzeigepflicht, wozu auch der Fall des § 307 BGB. gehört[90]), kann eine Schadensersatzpflicht noch dann in Frage kommen, wenn eine Vertragspartei schuldhaft bewirkt, daß das Vertragsverhältnis den vorgesehenen Charakter nicht hat noch haben kann. Dieser Fall wird in den §§ 324 f. geregelt. Zu weiterem Eingehen hierauf besteht keine Veranlassung, weil sich dieser Fall von anderen Fällen der §§ 324 f. BGB. nicht unterscheidet. Die Angemessenheit dieser Schadensersatzregelung, die auch Stampe angewendet wissen will[91]), wird niemand ernstlich bestreiten können. Sie hat zugleich eine feste Grundlage und schwebt nicht in der Luft, wie es bei Stahl[92]) und Oertmann[93]) der Fall ist, die der Partei, welche den Eintritt der veränderten Umstände, den Wegfall der Geschäftsgrundlage verschuldet hat, die Berufung hierauf versagen möchten.

Krückmann will die Regelung des Schadensersatzes nach einem anderen Gesichtspunkte vornehmen: Sagt sich der Gläubiger der entwerteten Leistung vom Vertrage los, so hat er den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn er sich auf einen bei ihm wirksamen Umstand beruft. Dagegen besteht diese Pflicht nicht, wenn der Grund zum Lossagen beim Gegner liegt[94]). Für diese Regelung besteht jedoch, worauf schon Oertmann[95]) und Locher[96]) hingewiesen haben, weder ein gesetzlicher Anhaltspunkt[97]) noch eine Veranlassung. Das gilt auch für die Fälle der Zweckvereitelung, in denen Krückmann mit Hilfe des § 242 BGB. eine Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses konstruieren möchte[98]). Siegwart meint zwar, das Rechtsmittel der cl. r. s. st. würde für den Verkehr viel annehmbarer sein, wenn eine vom Verschulden absehende Regelung der Ersatzpflicht zur Verfügung stände und daß, wenn es auch an einer positiven gesetzlichen Grundlage für eine solche Ersatzpflicht fehle, diese Ersatzpflicht mit der Erwägung begründet werden könne, die Aufhebung ohne Ersatz stelle

---

[90]) den auch Locher trotz seiner nicht auf Unmöglichkeit aufgebauten Konstruktion angewendet wissen will; vgl. Locher a. a. O. S. 111.

[91]) Stampe, Jherings Jahrb. Bd. 72 S. 397.

[92]) Stahl a. a. O. S. 60.

[93]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 174.

[94]) Krückmann, ArchZivPrax. Bd. 116 S. 144 ff., Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß S. 288.

[95]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 156 f., Doppelseitiger Irrtum S. 293.

[96]) Locher, ArchZivPrax. N. F. 1 S. 110 ff.

[97]) anders im ALR. I, 5 §§ 378 ff.

[98]) Krückmann, Unmöglichkeit u. Unmöglichkeitsprozeß S. 256 ff.

den Anfechtenden doch immer noch besser, als die unveränderte Aufrechterhaltung des Vertrages[99]). Bei diesen Ausführungen denkt Siegwart wohl ausschließlich an die Fälle unserer zweiten Gruppe, bei denen, wie wir gesehen haben, aus dem Gesichtspunkte der veränderten Umstände eine Auflösung des Vertrages nicht stattfindet.

Die Rückgewähr bewirkter Leistungen ist in den §§ 323 ff. BGB. geregelt. Diese Regelung ist durchaus angemessen, weshalb auch Locher auf sie zurückgreift[100]).

Die im vorstehenden aufgeführten Grundsätze sind aus einer allgemeinen Betrachtung gefunden worden und können daher auch nur im allgemeinen Geltung beanspruchen. In dem einen oder anderen Falle, ja bei ganzen Gruppen von Fällen, wird mit Rücksicht auf den besonderen Charakter dieser Fälle eine Abweichung notwendig und insbesondere auch vom Gesetzgeber angeordnet sein[101]). Es wäre verkehrt, sich bei der Lösung der einzelnen Fälle lediglich auf logische Schlußfolgerungen zu beschränken. Vielmehr müssen die Bedürfnisse des Verkehrs und Zweckmäßigkeitserwägungen in starkem Maße in Betracht gezogen werden[102]).

Wir haben im vorstehenden die Lösung unseres Problems dem Unmöglichkeitsrechte entnommen. Daraus ergibt sich für uns die Notwendigkeit, zum Irrtumsrecht des BGB. Stellung zu nehmen. Denn der § 119 BGB. behandelt eine Reihe von Fällen, in denen das Vertragsverhältnis von Anfang an einen anderen als den von der einen Partei gewollten Charakter hat[103]). Die Regelung des § 119 BGB. entspricht freilich mit Rücksicht auf die Regelung der Schadensersatzpflicht im § 122 BGB. nicht den Grundsätzen der Gerechtigkeit und der Billigkeit. Wenn das Vertragsverhältnis bereits bei seiner Entstehung einen anderen als den gewollten Charakter aufweist, so kann der dadurch Beschwerte zwar anfechten. Er muß aber seinem Gegner den sog. Vertrauensschaden ersetzen. Von dieser Verpflichtung gibt es wohl Ausnahmen, aber nicht für den gar nicht seltenen Fall, daß beide Teile den Anfechtungsgrund weder kannten noch kennen mußten. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb der Anfechtende zum Schadensersatz ver-

---

[99]) Siegwart a. a. O. S. 170 f.

[100]) a. a. O. S. 107 f.

[101]) So z. B. bezüglich der Mieterschutzgesetze, vgl. RG. Recht 1924 Nr. 1322.

[102]) Siehe hierzu Krückmann, JW. 1926 S. 1431: „Es wird noch einmal der Tag kommen, wo man den Glauben an die vermeintlichen logischen Wahrheiten als Rückständigkeit empfinden wird." Vgl. ferner die Frage des französischen Kassationshofes: „Ce résultat est-il admissible?"

[103]) Vgl. z. B. die Ausführungen des RG. in JW. 1926 S. 1804, JW. 1915 S. 21; RG. Bd. 64 S. 268, Bd. 85 S. 323 f., Bd. 94 S. 67.

pflichtet sein soll, wenn die von beiden Parteien angenommene „Grundlage" sich als nicht vorhanden erweist[104]). Umgekehrt bekommt der Anfechtende seinen Schaden nicht ersetzt, wenn sein Gegner den Grund der Anfechtung kannte oder kennen mußte. Um dieser allgemein[105]) als mangelhaft erkannten Schadensregelung des § 119 BGB. zu entgehen, haben sich v. Tuhr[106]), Loewenwarter[107]) und Riezler[108]) für die Nichtigkeit des Vertrages in analoger Anwendung des § 779 BGB. ausgesprochen, während das Reichsgericht mit der exceptio doli generalis helfen möchte[109]). Die Analogie hat aber nur dort eine Daseinsberechtigung, wo die richtige Lösung dem Gesetzbuche nicht unmittelbar entnommen werden kann. Die Einrede ist nur dann denkbar, wenn eine Verpflichtung zur Leistung besteht. Wenn aber schon der einseitige Irrtum zur Aufhebung der Leistungspflicht führt, so kann der doppelseitige Irrtum keine geringere Bedeutung haben[110]). Beide Lösungen machen zudem denselben Fehler, den auch der § 119 BGB. macht: Sie stellen die Lösung auf den Irrtum der Parteien ab. Daß das nicht richtig ist, ist bereits von Windscheid[111]) und neuerdings von Krückmann[112]) und Locher[113]) betont worden: Nicht weil die Parteien sich geirrt haben, sondern weil das Vertragsverhältnis nicht den gewollten Charakter hat, darum muß geholfen werden. Dieser Gedanke kommt im § 774 Abs. 2 des Entwurfes eines bürgerlichen Ge-

---

[104]) Rhode meint (a. a. O. S. 329), daß in den Fällen des doppelseitigen Irrtums die Gegenpartei wohl niemals einen Schaden nachweisen könne. Das ist jedoch nicht richtig.

[105]) Vgl. statt aller Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 117 S. 293 f., Geschäftsgrundlage S. 156; dagegen aber Enneccerus I, 1. Abt. S. 433 Anm. 5.

[106]) v. Tuhr, LZ. 1921 Sp. 153 ff., JW. 1923 S. 824 ff.

[107]) Lehrkommentar Allg. Teil S. 106.

[108]) bei Staudinger § 119 VII S. 491.

[109]) RG. Bd. 108 S. 105 ff., insbes. S. 110.

[110]) Vgl. auch Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 54.

[111]) Windscheid, Voraussetzung S. 5 f. „Man ist darüber einverstanden, daß die Nichtigkeit, an welcher ein Rechtsgeschäft leidet, wenn der Abschließende sich in einem von Savigny so genannten unechten Irrtume befunden hat, ihren Grund nicht in diesem Irrtum hat, sondern darin, was nur die Folge desselben ist, daß ein Wille erklärt worden ist, der nicht der wirkliche war. In derselben Weise nun, meine ich, sollte jedenfalls auch der Einfluß gefaßt werden, welchen man dem Irrtume im Beweggrunde auf den Bestand der Willenserklärung einräumen will. Auch hier sollte man sagen, daß die Willenserklärung nicht wegen des Irrtumes nicht zu Recht bestehe, sondern weil infolge desselben ein Wille erklärt worden sei, der ohne den Irrtum nicht erklärt worden wäre, — ein Wille, wie ich es ausgedrückt habe, der zwar der wirkliche sei, aber nicht der eigentliche."

[112]) Krückmann, Nachlese S. 104.

[113]) Locher, ArchZivPrax. N. F. Bd. 1 S. 25.

setzbuches für Ungarn wenigstens einigermaßen zum Ausdruck[114]). Auch ist mit Rhode[115]) darauf hinzuweisen, daß die Verträge abgeschlossen werden, um sie zu erfüllen. Nach dem Irrtumsrecht ist aber die Möglichkeit, eine gerechte Abwicklung des Geschäftes herbeizuführen, ebensowenig gegeben, wie bei einer analogen Anwendung des § 779 BGB. Von diesen Erwägungen scheint sich neuerdings[116]) auch das Reichsgericht leiten zu lassen: „Ein Fall der Irrtumsanfechtung ist nicht gegeben, wenn sich beide Vertragsteile beim Abschluß des Geschäfts übereinstimmend in dem nämlichen Irrtum befunden haben (RG. Bd. 108 S. 105). Vielmehr ist der Sachverhalt nach § 242 BGB. zu beurteilen. Wenn der Käufer alsbald nach Aufdeckung des Irrtums der wirklichen Sachlage Rechnung trägt und sich mit der dieser Sachlage entsprechenden geringeren Leistung des Verkäufers begnügt, so erfordern Treu und Glauben, daß nun auch der Verkäufer das Geschäft in den richtigen Grenzen gelten läßt und nicht versucht, im Wege der Irrtumsanfechtung das Geschäft zu Fall zu bringen."[117])

Oertmann hat in diesem Zusammenhange die Frage aufgeworfen, ob überhaupt die Zulassung des bloß einseitigen Eigenschaftsirrtums, der also in dem Vertragscharakter nicht zum Ausdruck gekommen ist, rechtspolitisch zu billigen sei[118]). Diese Frage ist von Stampe[119]) und Lenel[120]) verneint worden. Stampe weist darauf hin, daß die Fälle des im § 119 geregelten Erklärungsirrtums sehr selten sind, daß dagegen das irrige Geschäftsurteil in Massen vorkommt. Stampe empfiehlt, den § 119 BGB. als unbrauchbar über Bord zu werfen, anstatt den Begriff der Eigenschaft auf das Prokrustesbett zu spannen. Lenel findet unter Berufung auf das englische Recht in der Betonung dessen, was wir Vertragscharakter genannt haben, die richtige Lösung des Problems[121]). Weil er aber doch noch zu sehr am Irrtum haftet, statt es völlig auf den Vertrag abzustellen, verfällt er bei seinen weiteren Ausführungen[122]) in den Fehler, lediglich den Käufer, nicht auch den Verkäufer zu schützen. Wenn Lenel meint,

---

[114]) Vgl. Lenel, ArchZivPrax. N. F. 3 S. 170.
[115]) Rhode a. a. O. S. 246, S. 64 f.
[116]) Recht 1927 S. 12 Nr. 3.
[117]) Käufer hatte eine Anzahl Motoren gegen eine Aktie im beiderseits angenommenen Kurswert von 3700 Goldmark erworben. Hinterher ergab sich der Betrag von 3400 Goldmark als der wahre Wert der Aktie, Käufer hatte sich alsbald bereit erklärt, den Unterschied auszugleichen.
[118]) Oertmann, GG. S. 52 ff.
[119]) Stampe, JW. 1921 S. 826 ff.
[120]) Lenel, ArchZivPrax. N. F. 3 S. 170 ff.
[121]) Lenel, ArchZivPrax. N. F. 3 S. 189 f.
[122]) a. a. O. S. 191 f.

auch die Rechtsprechung beweise, daß ein Rechtsschutzbedürfnis des Verkäufers nicht gegeben sei, so verkennt er den Umstand, daß die geringe Zahl der Entscheidungen darauf zurückzuführen ist, daß der Verkäufer regelmäßig die wesentlichen Eigenschaften der verkauften Sache kennt, die Fälle, in denen er sich darüber irrt, also an sich schon gering sind. Außerdem können aus dem Umstand, daß eine Streitfrage nur selten zur Entscheidung kommt, Folgerungen weder für die Richtigkeit der einen noch der anderen Lösung gezogen werden.

Wenn wir das bislang Gesagte nochmals überblicken, so können wir feststellen, daß die Lösung des Problems in der Vertragsauslegung steckt, das Problem sich freilich aus der übrigen Vertragsauslegung durch eine Reihe von Besonderheiten hervorhebt und daher eine besondere Bezeichnung als gerechtfertigt erscheinen läßt. Wenn wir im folgenden an den Namen clausula rebus sic stantibus festhalten, so tragen wir damit dem Umstand Rechnung, daß unser Problem seit Jahrhunderten unter diesem Namen bekannt ist.

IV. Die clausula rebus sic stantibus im bürgerlichen Recht.

§ 9.

Die vom Gesetzgeber ausdrücklich geregelten Fälle.

Als der bekannteste Klauselfall erscheint im BGB. der § 321. Hier geht der Gesetzgeber von dem auch von uns beobachteten Gesichtspunkte aus, daß im Zweifel immer das Regelmäßige, Durchschnittliche gewollt ist. Wenn er als das Regelmäßige das reine Kreditgeschäft ansieht, so folgt er damit der Lebenserfahrung. Wir sehen auch, daß der Gesetzgeber die clausula rebus sic stantibus anwendet, trotzdem die Feststellung: Hat das Vertragsverhältnis den gewollten Charakter verloren? durchaus nicht immer leicht sein wird. Nicht zu billigen ist die vom Gesetzgeber gewollte[1]) einseitige Berücksichtigung des nachträglichen Vermögensverfalls. Die Begründung, über die ursprüngliche Kreditwürdigkeit habe sich der Kreditgeber durch Befragung Gewißheit oder doch zum mindesten das Anfechtungsrecht aus § 123 BGB. verschaffen können, trägt den Bedürfnissen und Gepflogenheiten des Verkehrs nicht gebührend Rechnung. Das hat die Rechtsentwicklung bewiesen. Rechtslehre und Rechtsprechung berücksichtigen heute die

[1]) Protokolle zum Entwurf II des BGB. Bd. 1 S. 631 f.

ursprüngliche Kreditunwürdigkeit mit Hilfe des § 119 Abs. 2 BGB. Daß der Gesetzgeber dem Kreditgeber lediglich eine Einrede zur Verteidigung gegen das Leistungsbegehren gibt, ist wohl nur im Versäumnisverfahren von Bedeutung. Jedenfalls kommt der Kreditgeber so lange nicht in Verzug, als die beachtliche Ungewißheit über die Gegenleistung besteht. Zwar wird auch die Ansicht vertreten, daß der Schuldner, um den Eintritt des Verzuges zu verhindern, dem Gläubiger die Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechtes mitteilen müsse[2]). Dieser Ansicht widerspricht § 285 BGB., wonach der Schuldner dann nicht in Verzug kommt, wenn ihm aus dem Nichtleisten kein Vorwurf gemacht werden kann. Beim Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechtes kann dem Schuldner kein Vorwurf gemacht werden, wenn er seine Leistung zurückhält. Vielmehr sieht das Gesetz das Verhalten des Schuldners als gerechtfertigt an. Die Leistung unterbleibt auch infolge der Kreditunwürdigkeit des Gläubigers, also infolge eines Umstandes, den der Schuldner nicht zu vertreten und der Gläubiger zu kennen hat[3]). Der hier bekämpften Ansicht liegt freilich ein richtiger Gedanke zugrunde: die Krückmannsche Anzeigepflicht.

Die Verletzung dieser Pflicht ermöglicht zwar nicht den Eintritt des Verzuges, zieht aber eine Schadensersatzpflicht gemäß § 276 BGB. nach sich. Im Falle des § 321 BGB. kommt indes eine Anzeigepflicht kaum in Frage, weil der Gläubiger seine eigene Kreditunwürdigkeit zu kennen hat. Für alle Fälle dürfte sich freilich eine Anzeige empfehlen.

Im § 321 BGB. hat der Gesetzgeber lediglich die Abwehrrechte des Schuldners geregelt, dagegen hat er darüber, was aus dem Vertragsverhältnis selbst wird, nichts bestimmt. Hier liegt eine Lücke vor, die dringend der Ausfüllung bedarf: Was wird aus dem Vertragsverhältnis, wenn der Kreditnehmer weder Zug um Zug leisten noch Sicherheit stellen kann oder will? Die gekünstelten Konstruktionen von Adler[4]), Nissen[5]) und Laubhardt[6]), die vom Verzugsrecht oder allgemeinen Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen ausgehen, zeigen, daß sich die Frage lediglich aus dem Gesichtspunkte der cl. r. s. st. beantworten läßt, wie bereits die Oberlandesgerichte Hamburg und Dresden erkannt haben[7]).

---

[2]) z. B. von Hölder, ZZP. 29 S. 71—73; Oertmann, Einrede und Verzug S. 23; Planck § 284, 3a, 4c; v. Tuhr, Allg. Teil I S. 295.

[3]) So auch RG. LZ. 1920 Sp. 957, JW. 1925 S. 1748.

[4]) Adler, LZ. 1913 Sp. 815.

[5]) Nissen, JW. 1903 S. 361.

[6]) Laubhardt, ArchZivPrax. Bd. 109 S. 248.

[7]) ROLG. Bd. 6 S. 44; Dresden, Sächs. OLG. Bd. 36 S. 107; vgl. zur Frage die Ausführungen von Staub-Koenige, HGB. 1926 Bd. III S. 898.

Auch im § 610 BGB. geht das Gesetz von der richtigen Ansicht aus, daß beim Darlehn im Zweifel das Regelmäßig, nämlich das reine Kreditgeschäft, gewollt ist. Die Gewährung eines Widerrufes ist gegenüber dem Leistungsverweigerungsrecht mit Rücksicht auf das Versäumnisverfahren günstiger, sofern sich nämlich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, daß der Beklagte widerrufen hat. Dafür weist § 610 BGB. den Mangel auf, daß der Kreditnehmer nicht das Recht hat, die Ausübung des Widerrufsrechts durch Sicherheitsleistung abzuwenden.

Wie in den vorstehenden Bestimmungen liegt auch dem § 605 Ziffer 2 BGB. beachtliche Ungewißheit über die Leistung des Gegners (§ 604 BGB.) zugrunde. Eine Behebung der Ungewißheit kommt hier nicht in Frage, weil der Entleiher gerade die Sache des Verleihers zurückzugeben hat. Die Wendung „erhebliche Gefährdung" deutet darauf hin, daß infolge des Verhaltens des Entleihers das Vertragsverhältnis nicht mehr den im Zweifel gewollten Charakter der regelmäßigen Leihe hat. Dagegen kann die Ungewißheit dadurch beseitigt werden, daß der Entleiher von nun an die gebotene Sorgfalt beobachtet. Darum kommt ein Erlöschen des Vertragsverhältnisses ipso jure nicht in Betracht. Vielmehr ist das vom Gesetzgeber gegebene Kündigungsrecht hier geeigneter. Macht der Verleiher von diesem Kündigungsrecht Gebrauch, so bekundet er damit, daß er kein Vertrauen auf das zukünftige vertragstreue Verhalten des Gegners hat oder daß er ihn der erwiesenen Gefälligkeit für unwürdig hält.

Während es im § 605 Ziffer 2 BGB. einer vorhergehenden Warnung nicht bedarf, ist eine solche im § 553 BGB. für die Miete vorgeschrieben. Im übrigen entspricht dieser Fall dem vorhergehenden.

Der Gedanke, daß eine Partei an einem Rechtsverhältnis dann nicht festhalten braucht, wenn es statt des gewollten Charakters den Charakter des Risikogeschäftes trägt, kehrt außer im § 1051 BGB. noch in den §§ 1333, 1391, 1418, 1468, 1542, 1549, 1469, 1419, 1543 BGB. wieder. Die hier in Frage kommenden Rechtsverhältnisse sind ausgesprochene Vertrauensverhältnisse. Jede Partei vertraut darauf, daß ihre Interessen durch das Rechtsverhältnis am besten gewahrt sind. Wird dieses Vertrauen zerstört, so kann es durch Sicherheitsleistung, durch Anordnung einer Vermögensverwaltung oder ähnliche Maßnahmen wieder hergestellt werden. Das Gesetz hat hier sogar teilweise ein Recht auf Sicherheitsleistung gegeben, weil bei der umfassenden Bedeutung dieser Rechtsverhältnisse die in ihren Rechten gefährdete Partei ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtsverhältnisse hat. An Stelle dieser Rechte oder neben ihnen hat das Gesetz auch die Auflösung vorgesehen. Soweit das Recht auf Sicher-

heitsleistung besteht, kann die Auflösung mit Rücksicht auf dieses Recht nicht ipso jure erfolgen. Aber auch sonst ist eine ipso jure-Wirkung nicht angebracht, weil hier Vermögensverwaltungen in Frage kommen, deren Aufhebung sich im einzelnen auf eine meist sehr große Anzahl von Rechtsgeschäften auswirkt, so daß bei einer ipso jure-Wirkung im Streitfalle für jeden einzelnen Fall festgestellt werden müßte, ob eine Aufhebung der Vermögensverwaltung erfolgt ist oder nicht. Ebenso würde auch eine einfache Parteierklärung nicht ausreichen, weil dann nicht feststeht, ob die Erklärung zu Recht abgegeben worden ist. Der vom Gesetzgeber eingeschlagene Weg ist der einzig brauchbare: Klage auf Aufhebung des Rechtsverhältnisses. Bei diesen Rechtsverhältnissen hat das Gesetz auch eine Reihe unwiderleglicher Vermutungen für die Untergrabung des Vertrauens aufgestellt. Im §§ 1419, 1543 BGB. ist ausnahmsweise eine ipso jure-Wirkung ausgesprochen, weil die hier vorliegende Konkurseröffnung sich leicht nachweisen läßt und damit eine Klage nicht notwendig erscheint.

Wie die Krückmannsche Gruppe der beachtlichen Ungewißheit über die Gegenleistung ist auch seine Gruppe der Nichtzumutbarkeit der Leistung im BGB. vertreten. Die Fälle der §§ 519, 605 Ziff. 1 BGB. haben wir bereits kennengelernt. § 519 gibt ganz richtig ein Verweigerungsrecht nur insoweit, als die versprochene Leistung überobligationsmäßig ist. Im § 605 Ziff. 2 sowie im § 553 haben sich Verleiher und Vermieter nicht zur Überlassung der Sache zum vertragswidrigen Gebrauche verpflichtet. Daher brauchen sie einen solchen Gebrauch nicht zu dulden.

Dem § 775 BGB. liegt der alltägliche Fall zugrunde, daß sich jemand für einen anderen verbürgt in der sicheren Erwartung, daß er aus der Bürgschaft nicht in Anspruch genommen werde, weil der Hauptschuldner „absolut gut" ist. Ist diese Erwartung falsch, so kann der Bürge daraus im Verhältnis zum Gläubiger keine Rechte herleiten. Denn die Bürgschaft ist gerade für den Fall abgeschlossen worden, daß der Gläubiger von dem Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen kann. Wenn also der Bürge infolge der schlechten Vermögenslage des Schuldners den Gläubiger befriedigen muß, so entspricht das durchaus dem Charakter der Bürgschaft[8]). Anders ist es dagegen im Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner: Wer sich verbürgt, der will regelmäßig nicht die Schulden des Hauptschuldners bezahlen, sondern lediglich das nach seiner Ansicht unbegründete Mißtrauen des Gläubigers in die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitwilligkeit des

[8]) Vgl. auch Fick a. a. O. S. 16 f. und OLG. Kiel, Schlesw.-Holst. Anzeiger 1920 S. 247 (unter Ausdehnung auf alle Garantieverträge).

Hauptschuldners beseitigen. Im Verhältnis zum Hauptschuldner will der Bürge nicht zur Leistung herangezogen werden, und es ist infolgedessen Wille des zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner abgeschlossenen Vertrages, daß der Bürge keinerlei Risiko übernehmen soll. Sobald daher ein solches Risiko entsteht, hat sich der Charakter des Rechtsverhältnisses geändert. Durch ein Erlöschen des Vertrages ipso jure wäre dem Bürgen nicht geholfen, weil eben das, was ihn drückt, die Bürgschaft, bestehen bleibt. Die vom BGB. gegebene Lösung ist daher richtig: Der Bürge kann von dem Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen.

Die §§ 1565 ff. und 2294 BGB. beruhen gleichfalls auf dem Gedanken, daß der einen oder anderen Partei das weitere Aufrechterhalten des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die gegebene Situation ist mit dem Charakter des Vertragsverhältnisses nicht in Einklang zu bringen. Wenn für die Fälle der §§ 1565 ff. eine besondere Form der Auflösung vorgesehen ist, so entspricht diese Regelung der Bedeutung der Ehe für die Parteien sowohl wie für die Allgemeinheit, zumal auch hier die Auflösung der Ehe für eine Reihe von Rechtsverhältnissen von Wirkung ist. Daß der Charakter der Ehe im Einzelfall von besonderer Bedeutung sein kann, sehen wir an dem § 1568 sowie an § 1565 Abs. 2 Im übrigen hat freilich das Gesetz absolute Scheidungsgründe aufgestellt. Auch hat es im § 1568 ein Verschulden des einen Ehegatten gefordert. Daß dieses Erfordernis den Bedürfnissen nicht entspricht, wird immer eindringlicher betont[9]).

Nichtzumutbarkeit der Leistung liegt ferner in den Fällen vor, in denen das Gesetz ein Kündigungsrecht oder Rücktrittsrecht aus wichtigem Grunde verleiht, also in den Fällen der §§ 626, 671, 696, 723, 749, 129 BGB., 117, 127, 147, 295 HGB.[10]). Oertmann meint zwar, das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde habe in den entscheidenden Punkten mit seiner Geschäftsgrundlage nichts zu tun, weil es nur eine Sondererscheinung bei bestimmten Geschäftsarten sei, überdies im inhaltlichen Anwendungsgebiet viel weiter gehe als die Geschäftsgrundlage[11]). Das mag vom Standpunkte der Geschäftsgrundlage richtig sein, für unsere Darstellung gilt es nicht. Denn ob etwas ein wichtiger Grund im Sinne der fraglichen Bestimmungen ist, kann lediglich aus dem Charakter des zur Entscheidung stehenden Vertrages

---

[9]) Siehe Erler, Scheidung schuldlos zerrütteter Ehen, DJZ. 1927 Sp. 348 ff.; ferner Kahl, Zur Reform des Ehescheidungsrechts, DJZ. 1927 Sp. 553 ff.

[10]) Vgl. auch §§ 123, 124, 133 c, 133 d der Gewerbeordnung; über weitere Fälle im Arbeitsvertragsrecht siehe Oertmann, Arbeitsrecht 1924 Sp. 167 f.

[11]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 43.

bestimmt werden. Bringt der Umstand, auf den sich der Kündigende beruft, eine Abweichung des Vertragsverhältnisses von dem gewollten Charakter mit sich, so gibt er einen wichtigen Grund zur Kündigung ab, andernfalls nicht. Wir wollen uns damit begnügen, das Gesagte an einem Beispiel darzulegen. Beim Dienstvertrag trägt der Dienstberechtigte die wirtschaftliche Gefahr des Unternehmens. Daher ist er beim Eintritt einer solchen Gefahr und bei einer ihm hierdurch entstehenden Schädigung zur Abwälzung der Folgen auf Kosten seiner Angestellten nicht berechtigt, somit gibt der wirtschaftliche Niedergang des Geschäftsbetriebes dem Dienstberechtigten keinen wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses[12]).

§ 10.

Die positive Vertragsverletzung.

„Unter einer positiven Vertragsverletzung ist ein vom Schuldner zu vertretender Verstoß in der Vertragserfüllung zu verstehen, der sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Vertragsschließenden als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil nach den Umständen des Falles bei billiger Beurteilung die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, daß also, um es kurz zu sagen, der Vertragszweck erheblich gefährdet ist.“[13]) Wie wir sehen, behandelt die Lehre von der positiven Vertragsverletzung den Fall, daß ein Vertragsverhältnis entgegen dem Vertragswillen den Charakter des Risikogeschäftes angenommen hat. Daß es die Lehre von der positiven Vertragsverletzung, wenn auch mit anderen Ausdrücken, auf den Vertragscharakter abstellt, zeigen die Wendungen: Natur des Vertrages, besondere Verhältnisse der Vertragsschließenden, so wesentlich, nach den Umständen des Falles, nicht mehr zugemutet werden kann, Vertragszweck erheblich gefährdet ist. Man kann daher die Lehre von der positiven Vertragsverletzung als einen Ausschnitt aus der Klauselehre ansprechen. Darum hat Krückmann recht, wenn er sagt[14]), daß die Rechtsprechung bei der An-

[12]) Vgl. Reichsgericht JW. 1927 S. 245, Recht 1926 S. 267 Nr. 797. Die vom Reichsgericht gemachte Einschränkung, daß ein den wirtschaftlichen Fortbestand ernstlich bedrohender Niedergang des Geschäfts die Kündigung rechtfertigen kann, ist nicht zu billigen, weil die Interessen des Dienstberechtigten durch § 615 Abs. 2 BGB. ausreichend gewahrt sind.

[13]) Staub-Koenige, HGB. Bd. III S. 1177; vgl. RG. JW. 1926 S. 798: „Das wesentliche Merkmal für eine positive Vertragsverletzung ... ist die Gefährdung des Vertragszwecks.“

[14]) Krückmann, Clausula S. 170, 245.

erkennung der Lehre von der positiven Vertragsverletzung in Wirklichkeit die Klauselleehre auch in anderen als den vom BGB. behandelten Fällen zur Anwendung gebracht hat. In einer Hinsicht unterscheidet sich freilich die Lehre von der positiven Vertragsverletzung von der Klauselleehre. Während diese es genügen läßt, daß in dem Vertragsverhältnis entgegen dem Willen des Vertrages das Moment der beachtlichen Ungewißheit über die Gegenleistung hervorgetreten ist, verlangt die Lehre von der positiven Vertragsverletzung, daß ein schuldhaftes Verhalten der Gegenpartei die Ungewißheit hervorgerufen hat. Diese Einschränkung, an der auch heute noch, insbesondere auch vom Reichsgericht[15]), festgehalten wird, ist indes nicht zu billigen, wie bereits Krückmann[16]), Oertmann[17]), Roth[18]) und Stoll[19]) ausgeführt haben. Denn es ist lediglich die objektive beachtliche Ungewißheit über die Gegenleistung, lediglich die objektive Gefährdung des Vertragszwecks, die auf der einen Partei drückend lastet. Und diese Last ist gleich drückend, mag sie auf ein Verschulden des Gegners zurückzuführen sein oder nicht. Es ist eine Last, die zu tragen die beschwerte Partei nicht übernommen hat, eine Last, die sie daher auch nicht tragen braucht. Darauf kommt es an. Infolgedessen hat die Lehre von der positiven Vertragsverletzung neben der Klauselleehre keine Daseinsberechtigung, zumal die Klauselleehre in der hier vorgetragenen Form auch dem etwaigen Verschulden einer Partei Rechnung trägt.

§ 11.

Das Synallagma.

Weitere Klauselfälle des Zivilrechts ergeben sich aus dem von Krückmann[20]) so stark betonten Gesichtspunkte des Synallagma. Das Wesen des synallagmatischen Vertrages besteht darin, daß die Parteien sich zum Austausch von Leistung und Gegenleistung verpflichten, wobei die einer jeden Vertragspartei obliegende Leistung das Entgelt für die Leistung der anderen Vertragspartei bildet. Das bedeutet zwar nicht, daß die beiderseitigen Leistungen völlig gleich-

[15]) RG. JW. 1926 S. 699, 798, 1797, 1807; RG. Bd. 109 S. 55; anders anscheinend RG. Recht 1926 S. 266 Nr. 788 (sinngemäße Anwendung des § 321 BGB.).

[16]) Krückmann, Clausula S. 189.

[17]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 147.

[18]) Roth, JW. 1920 S. 476.

[19]) Stoll, JW. 1926 S. 798.

[20]) Krückmann wiederholt, zo z. B. Clausula S. 354, LZ. 1921 Sp. 548, JW. 1922 S. 705.

wertig sein müssen; jedoch gehen die Parteien beim Vertragsabschluß davon aus, daß zwischen Leistung und Gegenleistung ein gewisses Gleichgewichtsverhältnis besteht. Jede Partei glaubt, daß sie in Anbetracht der gegebenen Umstände in der Gegenleistung einen ihrer eigenen Leistung gleichkommenden, ja übersteigenden Wert erhält, und daß die von ihr mit ihrer eigenen Leistung zu bringenden Opfer notwendig sind, um die Gegenleistung zu erhalten. Man wird daher sagen dürfen, daß jede Partei für ihre Leistung einen angemessenen Gegenwert haben will und daß, da die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien im Vertrage zusammenfließen, nach dem Vertrage jede Leistung ein angemessenes Entgelt für die andere darstellen soll[21]).

Das von den Parteien gewollte Wertverhältnis wird in aller Regel auch in Wirklichkeit bestehen, insbesondere dann, wenn die Parteien ihren Vereinbarungen die im Verkehr allgemein geltenden Preise zugrunde gelegt haben. Das Wertverhältnis, wie es in Wirklichkeit besteht, kann freilich auch von dem Willen der Parteien abweichen. Diese Abweichung kann von vornherein gegeben sein, wenn eine Leistung von den Parteien falsch bewertet worden ist. Sie kann nachträglich eintreten, indem eine Leistung im Werte steigt oder sinkt. Sind diese Abweichungen nun auf den Bestand des Vertragsverhältnisses von Einfluß? Bei der Beantwortung dieser Frage muß man davon ausgehen, ob die Möglichkeit einer solchen Abweichung beim Abschluß des Vertrages so groß war, daß man damit rechnen mußte und von den Parteien eine Stellungnahme zu dieser Möglichkeit verlangen durfte, ohne daß man ihnen zumutete, ihren Vertrag mit Klauseln zu belasten, die mit größter Wahrscheinlichkeit nicht zur Anwendung kommen und somit überflüssig sein würden. Mußte man beim Abschluß des Vertrages mit einer Abweichung rechnen, und ist der Vertrag trotzdem ohne eine besondere einschränkende Klausel für den Fall der Abweichung geschlossen worden, so haben die Parteien ihren Vertrag auch für den Fall einer Abweichung gewollt, so daß der Vertrag insoweit einen aleatorischen Einschlag hat[22]). War mit einer solchen Abweichung nicht zu rechnen, so nimmt das Vertragsverhältnis mit dem Eintritt der Abweichung einen vom Vertragswillen nicht getragenen Charakter an.

---

[21]) RG. in ständiger Rechtsprechung: RG. Bd. 103 S. 178 ff., Bd. 103 S. 328 ff., Bd. 106 S. 7 ff., Bd. 106 S. 424 ff., Bd. 107 S. 19 ff., Bd. 107 S. 186 ff., Bd. 109 S. 378; Warneyer, Rechtspr. 1925 Nr. 122 S. 157; JW. 1926 S. 1805; ferner Referentenentwurf einer Denkschrift über die Aufwertung 1925 S. 8 f.; Oertmann, JW. 1921 S. 1516; Locher a. a. O. S. 70 f.; Endemann 1921 S. 9; La commission de législation civile chargée d'examiner la proposition dérogeant pour la guerre à l'art. 1148 Code civil bei Wahl Bd. 2 S. 7.

[22]) So auch RG. Bd. 106 S. 236, 401, 403.

Daß die Vorhersehbarkeit oder Unvorhersehbarkeit das entscheidende Kriterium in unserer Frage ist, wird zwar von Henle[23]), Kraner[24]) und gelegentlich auch vom Reichsgericht[25]) bestritten. Henle meint, ein Antasten der Verträge wegen Veränderungen, die beim Vertragsabschluß noch unberechenbar waren, würde die ganze Vertragsidee unterhöhlen. Das Unberechenbare, die ungeborene Zukunft habe jede Partei auf eigene Rechnung genommen. Diese Ansicht ist nicht richtig. Wenn eine verkaufte Sache nach Abschluß des Vertrages, aber vor der Lieferung untergeht, so zieht das nach unserem Rechte die Folgen aus der nachträglichen Unmöglichkeit nach sich, auch wenn der Untergang, wie das regelmäßig ist, völlig unvorhersehbar war. Es gilt weder das römische Recht (periculum est emptoris) noch das englisch-amerikanische Recht, nach dem der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung Schadensersatz verlangen kann[26]) [27]).

Wenn Henle weiter fragt, warum nicht auch längst erfüllte und fast vergessene Vertragsbeziehungen sollten ans Licht gezogen und umgekrempelt werden können, so ist darauf zu entgegnen, daß, wenn die Wertveränderung nach der Leistung eintritt, diese Wertveränderung nach geltendem Rechte lediglich den Gläubiger und nicht den Schuldner angeht: Geht eine Sache nach der Übereignung (genauer: dem Gefahrübergange) unter, so wird davon allein der Gläubiger getroffen[28]).

Kraner und die angezogene Entscheidung des Reichsgerichts teilen Henles Ansicht nicht. Sie wollen im Gegenteil auch die vorhersehbare Abweichung berücksichtigen. Das ist gleichfalls nicht zu billigen. War die Abweichung vorhersehbar, so hat der Vertrag die Abweichung in sich aufgenommen. Daran ist mit Krückmann[29]), Böckel[30]), Lahusen[31]), Siegwart[32]), Stern[33]), Titze[34]),

---

[23]) Henle, Mark gleich Mark S. 5.
[24]) Kraner, JW. 1923 S. 166.
[25]) RG. Recht 1924 Nr. 327.
[26]) Vgl. Eickemeyer a. a. O. S. 130.
[27]) RG. Bd. 107 S. 219.
[28]) So auch RG. Bd. 106 S. 401 (Vergleich über den Unterhaltsanspruch der unehelichen Kinder); ebenso RG. Bd. 107 S. 243 und die bei Soergel, Rechtspr. 25. Jahrg. S. 50 Nr. 203 angeführten Entscheidungen; ferner Stahl a. a. O. S. 57; Weigert, JW. 1925 S. 2549.
[29]) Krückmann, JW. 1921 S. 454; LZ. 1921 Sp. 584 f.
[30]) Böckel a. a. O. S. 58.
[31]) Lahusen, JW. 1922 S. 1180, 1182.
[32]) Siegwart a. a. O. S. 46.
[33]) Stern a. a. O. S. 46.
[34]) Titze, Richtermacht S. 20.

Dusi[35]), Nipperdy[36]) und der vorherrschenden Rechtsprechung des Reichsgerichts[37]) festzuhalten[38]). Eine Ausnahme, auf die anscheinend Locher[39]) und Titze[40]), wahrscheinlich auch Stahl[41]), hinauswollen, muß freilich gemacht werden: Wenn beide Parteien übereinstimmend von einer bestimmten Bewertung ihrer Leistung als unbedingt richtig ausgehen, dann kann auch bei der — objektiven — Voraussehbarkeit der Abweichung keine Rede davon sein, daß der Vertrag einen aleatorischen Einschlag in dem hier gemeinten Sinne hat. Das gilt insbesondere für den Fall, daß die Bewertung der Leistung auf Grund eines von beiden Parteien für richtig gehaltenen Kostenanschlages oder auf Grund einer gleichfalls für richtig gehaltenen Preisliste erfolgt, wie auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgelegt hat[42]).

Wir wollen das Gesagte durch einige Beispiele verdeutlichen. A verpflichtet sich dem B zur Ausbaggerung eines versandeten Hafens. Dieser Vertrag hat regelmäßig einen aleatorischen Charakter; denn welche Schwierigkeiten die Ausführung der übernommenen Arbeiten mit sich bringt, läßt sich nicht vorhersehen. Stellt sich daher heraus, daß in dem Sande Gegenstände wie Eisenteile vorhanden sind, die an den Baggermaschinen Schaden anrichten und sich nur mit großem Zeitverlust entfernen lassen, so kann A für den dadurch entstandenen Aufwand eine besondere Entschädigung nicht verlangen. Mit solchen Schwierigkeiten muß bei einer derartigen Arbeit gerechnet werden. Das gilt jedoch nur, wenn die Parteien den Vertrag als ein Risikogeschäft behandeln, bei dem der Unternehmer mit einem großen Gewinn rechnet, aber auch auf einen großen Schaden gefaßt sein muß, so daß in dem Gewinn zugleich eine Risikoprämie steckt und der Gewinn sich daher aus dem gewöhnlichen Unternehmergewinn und einer mehr oder minder großen Risikoprämie zusammensetzt.

Das Bild ändert sich, wenn die Parteien, was im Zweifel anzunehmen ist, den Vertrag als gewöhnliches Umsatzgeschäft behandeln,

---

[35]) Dusi a.a.O. S. 152.

[36]) Nipperdey, Vertragstreue S. 29: „ein in diesem Ausmaß nicht veranschlagbares Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung".

[37]) RG. Bd. 100 S. 136, Bd. 113 S. 139.

[38]) Vgl. auch Blätter für zürcherische Rechtsprechung 19 S. 69; 20 S. 194, 199.

[39]) Locher a.a.O. S. 102 f.

[40]) Titze, Richtermacht S. 19.

[41]) Stahl a.a.O. S. 60: „Ein Verschulden eines der beiden Kontrahenten ist nicht erforderlich, um die Anwendung der Klausel zu rechtfertigen."

[42]) RG. Bd. 64 S. 268, Bd. 90 S. 272, Bd. 94 S. 67, Bd. 101 S. 108, Bd. 105 S. 407; Warneyer, Rechtspr. 1909 Nr. 439, JW. 1921 S. 738 f.; LZ. 1926 Sp. 742 ff.; RG. Recht 1927 Nr. 1 S. 12 Nr. 3.

bei dem der Unternehmer Ersatz seiner Aufwendungen und den gewöhnlichen Unternehmergewinn erhält. Werden hier Aufwendungen erforderlich, mit denen der Unternehmer nicht gerechnet hat, so braucht er sie nur in dem bei jedem Umsatzgeschäft üblichen Maße zu tragen, d. h. er muß schlimmstenfalls auf seinen Gewinn verzichten und die durch den Werklohn nicht gedeckten Aufwendungen insoweit tragen, als sie 5 bis 10% des Werklohnes nicht übersteigen.

Die Lage des Unternehmers ist noch günstiger, wenn die Parteien übereinstimmend der Ansicht gewesen sind, daß der Eintritt bestimmter Leistungserschwerungen ausgeschlossen sei oder daß es sich nur um eine ganz leichte, mit keiner besonderen Schwierigkeit verbundene Ausbaggerung handle, so daß der Vertrag irgendein Risiko in dieser Hinsicht nicht mit sich bringe. Ein solcher Fall kann z. B. vorliegen, wenn die Parteien gemeinsame Stichproben gemacht haben und dabei irgendwelche Anzeichen von besonderen oder den fraglichen Schwierigkeiten nicht hervorgetreten sind. In diesem Falle würde der Eintritt der von den Parteien nicht vorhergesehenen und in Rechnung gestellten Schwierigkeiten erheblich sein.

Ein anderes Beispiel. A verkauft dem B Wertpapiere zum Kurse von 106, wobei A und B davon ausgehen, daß 106 der Kurs von gestern ist. In Wirklichkeit ist der Kurszettel, den A und B zugrunde legen, verdruckt. Der gestrige Kurs ist nicht 106, sondern 116, so daß das Wertverhältnis der Leistungen in Wirklichkeit von dem gewollten Wertverhältnis abweicht. Dieser Abweichung ist Rechnung zu tragen, mag sie vorhersehbar gewesen sein oder nicht. Beide Parteien waren von der Richtigkeit der gemeinsamen Vorstellung überzeugt.

Wie die Unterbewertung einer Leistung, so kann auch eine Überbewertung vorkommen, die entsprechend zu behandeln ist.

§ 12.

Preisschwankungen.

Von besonderer Bedeutung ist die nachträgliche Verschiebung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Regelmäßig kommen hier Sach- und Geldleistungen in Frage. Wir behandeln zunächst den Fall, daß die Änderung des Wertverhältnisses auf einer Wertveränderung der Sachleistung beruht. Das Reichsgericht geht grundsätzlich davon aus, daß diese Änderung ohne Einfluß auf den Bestand des Vertrages ist. Es meint, eine Wertsteigerung sei ein Vorteil, der lediglich dem Käufer zugute komme: „Heute so wenig wie in früheren Zeiten kann der Verkäufer, der einen Lieferungsvertrag auf Zeit abgeschlossen

hat, beanspruchen, daß der vereinbarte Kaufpreis entsprechend erhöht wird, wenn während der Lieferzeit eine Verteuerung der gelieferten Ware eingetreten ist, wie ihm auch nicht zugemutet werden kann, sich mit einem geringeren Preise zu begnügen, wenn der Marktpreis der Ware zwischenzeitlich gesunken ist. Jedem Lieferungsgeschäft wohnt insoweit ein Spekulationsmoment inne."[43]) Für den Verkauf von marktgängiger Ware im Großhandel hat das Reichsgericht zunächst sogar ausgeführt, daß der Verkäufer niemals von der Leistung frei werde, solange die Ware am Markt gehandelt werde und zu haben sei, selbst wenn der Marktpreis in einem außerordentlichen, bislang nicht für denkbar erachtetem Maße gestiegen sei[44]). Diese Meinung hat das Reichsgericht später aufgegeben[44a]). Es hält nunmehr eine Preissteigerung[45]) dann für erheblich, wenn durch den Krieg die wirtschaftlichen Verhältnisse so allseitig und so tiefgehend verändert sind, „daß die Leistung des Verkäufers als eine vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus betrachtet inhaltlich völlig andere erscheinen würde"[46]). Aus diesen Entscheidungen sowie aus der Entscheidung Bd. 22 S. 87 f.[47]) tritt klar hervor, daß auch das Reichsgericht ebenso wie wir, wenn auch mit anderen Worten, die Entscheidung auf den Charakter des Vertragsverhältnisses abstellt und diesen Charakter nach dem Maße der Vorhersehbarkeit bestimmt. Derselbe Gesichtspunkt liegt der Entscheidung des österreichischen Obersten Handelsgerichtshofes vom 1. 7. 1915 zugrunde. „Wenn die eingetretene Preisänderung von einem solchen Umfange ist, daß eine ganz ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Bereicherung des einen Teils bei unverhältnismäßiger Schädigung des anderen Teiles eintreten müßte, dann müßte die Schwierigkeit der Erfüllung der Unmöglichkeit derselben gleichgehalten werden; unter solchen Umständen auf der Erfüllung des Vertrages beharren, würde gegen die guten Sitten verstoßen."[48]) Noch schärfer tritt die Betonung des Vertragscharakters bei Oertmann hervor: „Die Erträglichkeit solcher Schwankungen, ihre Vereinbarkeit mit der Geschäftsgrundlage, ist an gewisse Grenzen gebannt, mit deren Überschreitung das Geschäft einen ganz anderen Charakter annimmt, als er ihm im Sinne der Parteien zukommen soll."[49])

---

[43]) RG. Bd. 109 S. 149, vgl. auch S. 242.
[44]) RG. Bd. 88 S. 177.
[44a]) Vgl. z. B. die Plenarentscheidung vom 31. 3. 1925, RG. Bd. 110 S. 371 f.
[45]) Daraus folgt ohne weiteres die Beachtlichkeit einer Preissenkung, vgl. RG. Bd. 109 S. 149.
[46]) RG. Bd. 101 S. 76 f., siehe auch Bd. 102 S. 102, Bd. 108 S. 380.
[47]) Fall der Erhöhung der Branntweinsteuer.
[48]) Abgedruckt JW. 1916 S. 233.
[49]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 137 f., siehe auch Rechtsord-

Zu dem Problem der Preisschwankungen hat auch Krückmann Stellung genommen[50]). Krückmann hat eine Reihe von Gruppen gebildet, auf die wir im folgenden eingehen wollen.

1. und 2a, der Verkäufer hat sich tot verkauft, ist aber in der Lage, den Käufer aus alten Beständen zu befriedigen. In diesem Falle will Krückmann die cl. r. s. st. nicht angewendet wissen, während sie durchgreifen soll, wenn der Verkäufer sich die Ware selbst zu dem erhöhten Preise verschaffen müßte, sofern die Preissteigerung vor Fälligkeit eingetreten ist. Diese Unterscheidung ist an sich nicht gerechtfertigt. Für das Verhältnis zwischen den Parteien kann es nur darauf ankommen, ob der Vertrag seinen Charakter geändert hat oder nicht, ob also die Änderung des Wertverhältnisses voraussehbar war oder nicht. Ob der Verkäufer einen Lagerbestand hat, ist unerheblich. Es ist auch durchaus nicht immer der Fall, daß dem Verkäufer die Leistung leichter ist, wenn er die Ware auf Lager hat. Ein ordnungsmäßiger Geschäftsbetrieb erfordert die Auffüllung des Lagers. Da es sich regelmäßig um Preissteigerungen von langer Dauer handelt, so muß der Verkäufer auf jeden Fall zu dem gestiegenen Preise kaufen, mag er den Käufer aus seinem Lager beliefern und dann das Lager auffüllen oder mag er die selbstgekaufte Ware sofort an den Käufer abführen. Krückmanns Lösung wirkt auch ungerecht. A hat vom B und C gekauft. B hat Lagerbestand, C nicht. B muß liefern, C nicht. B erleidet, weil er so vorsichtig war, sich rechtzeitig einzudecken, einen erheblichen Vermögensschaden, C, der vielleicht andere gleichfalls im Werte gestiegene Waren angeschafft hat, geht frei aus. Man sieht, die beiden Fälle können nicht getrennt behandelt werden. Es geht den A nichts an, ob sein Verkäufer Lagerbestand hat. Krückmanns Lösung mag freilich ein geeignetes Mittel sein, künstliche Preistreibereien zu verhindern. Damit geht seine Lösung indes über den Rahmen unseres Problems hinaus.

2b. Da lediglich die Leistung des Verkäufers Änderungen erleidet, so ist es unerheblich, wann die Leistung des Käufers fällig ist. Infolgedessen wendet Krückmann mit Recht in diesem Falle die cl. r. s. st. an.

2c. Setzt die Preissteigerung ein, nachdem die Leistung des Verkäufers fällig geworden ist, so kann sich nach Krückmann der Verkäufer auf die Preissteigerung nicht berufen. Krückmann gibt zur Begründung an, der Verkäufer habe schon vor der Preissteigerung leisten und damit die Ware aus seinem Vermögen aussondern müssen.

---

nung S. 212; ferner Starke, DJZ. 1916 Sp. 286 ff.; Schmeißer a. a. O. S. 16.

[50]) Krückmann, LZ. 1921 Sp. 588.

Diese Begründung ist an sich richtig. Sie reicht aber nicht aus, die Lösung zu tragen. Es muß vielmehr noch Verzug hinzukommen. Wenn nämlich die Preissteigerung das Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verändert hat, so kann dieses Verhältnis durch Erhöhung der Gegenleistung auf das vom Vertrage vorgesehene Maß durchgeführt werden, aber die Erhöhung der Gegenleistung ist nicht dasselbe wie die Aufwertung einer entwerteten Leistung. Darum ist die erhöhte Leistung etwas anderes als die im Vertrage gewollte Leistung. Kommt daher eine Abänderung des Vertrages nicht zustande, so ist die Verwirklichung des Vertragswillens unmöglich. Diese Unmöglichkeit hat jedoch der Verkäufer nicht zu vertreten, weil sie durch die von ihm nicht zu vertretende Preissteigerung hervorgerufen worden ist. Ist der Verkäufer jedoch im Verzuge, so greift § 287 BGB. ein, so daß er nunmehr die Unmöglichkeit zu vertreten und demgemäß Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 325 BGB.) zu leisten hat. Gemäß § 249 Satz 1 BGB. hat er dann seine Leistung trotz der Preissteigerung zu bewirken. Praktisch wird sich die hier gegenüber Krückmann gemachte Einschränkung kaum auswirken. Sobald die Preise steigen, wird es der Käufer an einer Mahnung nicht fehlen lassen.

2d. In diesem Falle ist die Leistung des Verkäufers fällig, dem Verkäufer steht indes ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Nach der Fälligkeit tritt die Preissteigerung ein. Krückmann will auch hier dem Verkäufer die Berufung auf die Preissteigerung verwehren. Da aber dazu nach dem zu 2c Gesagten Verzug notwendig wäre, das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts den Verzug jedoch ausschließt[51]), so muß hier der Verkäufer mit seiner Berufung auf die Preissteigerung durchdringen können.

Tritt eine Preissenkung ein, so ist es der Käufer, der vom Vertrage loskommen möchte. Krückmann stellt es darauf ab, ob der Preissturz ein Ausdruck der tatsächlichen Gestehungskosten ist oder nicht. Im ersten Falle soll die Berufung auf die cl. r. s. st. durchschlagen, im zweiten dagegen nicht. Diese Unterscheidung dient gleichfalls der Bekämpfung einer ungerechtfertigten Preissteigerung. Wenn man von diesem besonderen Zweck absieht, so ist sie nicht zu halten. Die Gestehungskosten sind regelmäßig für die Bemessung der Warenpreise nicht ausschlaggebend. Man braucht nur daran zu denken, daß viele Unternehmer infolge von Schutzrechten und Kartellierungen eine monopolartige Stellung einnehmen, und ihre Preise nicht nach den Selbstkosten[52]), sondern nach der Nachfrage bestimmen und den Preis zu

[51]) Vgl. S. 53.

[52]) die lediglich eine untere Grenze für die regelmäßige Preisbildung darstellen.

ermitteln suchen, bei dem sie den höchsten Gewinn erzielen können. Die Preisbildung ist lediglich Sache des Verkäufers, und wenn dieser auch auf die Kaufkraft des Käufers Rücksicht nehmen wird, so geht doch den Käufer die Preisbildung in aller Regel nichts an[53]). Wie sollte denn auch der Käufer in der Lage sein, die Faktoren der Preisbemessung zu erfahren? Und wenn es ihm schon gleichgültig sein kann, wie sein Verkäufer den Preis gefunden hat, so muß es ihm erst recht gleichgültig sein, wie andere die Preisbildung vornehmen. Nur darauf kommt es also auch hier an: Der Preis ist in einem Maße gesunken, das nicht vorhersehbar war. Hat also noch keine Partei geleistet, so ist auf den Preissturz Rücksicht zu nehmen. Hat dagegen der Verkäufer bereits geleistet, so ist im Gegensatz zu Krückmann[54]) die cl. r. s. st. nicht anzuwenden, denn mit der Leistung geht die Gefahr auf den Käufer über (casum sentit dominus)[55]). Zwar wird es dem Käufer sehr schwer fallen, für die nun wertlose oder minderwertige Ware sein gutes Geld hergeben zu müssen. Aber ist es denn anders, wenn das gekaufte Pferd nach dem Gefahrübergang, aber vor der Bezahlung eingeht? Oder wenn dem Käufer das auf Teilzahlung gekaufte Fahrrad entwendet oder zertrümmert wird?

Auch den Fall unter 3 möchten wir anders entscheiden. Krückmann führt hier aus: „Die Schuld des Käufers ist schon fällig, die Leistung des Verkäufers noch nicht, alsdann stürzt der Preis. Der Käufer hat sich freiwillig auf die Stundung eingelassen, mag er nehmen, was danach kommt. Hätte er, wie er es konnte, sich an die Regel des Gesetzes gehalten, dann konnte er gleichzeitige Fälligkeit beider Leistungen durchsetzen. Er hatte dann entweder die Leistungen schon mit dem Preissturz oder die beiden Leistungen wurden erst nach dem Preissturz fällig." Nach den Regeln der Gefahrtragung wird man hier in Abweichung von Krückmann die Berufung auf die cl. r. s. st. zulassen müssen. Wenn der Käufer dem Verkäufer so weit entgegenkommt, und ein Entgegenkommen ist es ja regelmäßig, ihm den Kaufpreis vor der Bewirkung der Gegenleistung zu zahlen, so darf man daraus nicht folgern, daß der Käufer darüber hinaus auch die Gefahr übernommen habe. Welchen Anlaß sollte er denn dazu haben?

Der Fall unter 4 ist wie bei Krückmann zu entscheiden. Die Schuld des Käufers ist fällig, der Käufer ist aber aus irgendeinem

[53]) Vgl. RG. Bd. 109 S. 225: „Für sein Verhältnis zum Lieferungsgläubiger hat regelmäßig nur der Preis selbst, nicht die ihm zugrunde liegende Berechnung Bedeutung, es müßte denn sein, daß ... ausnahmsweise auch die Art der Berechnung des Preises zum Gegenstand des Vertrages gemacht oder ihm doch erkennbar zugrunde gelegt worden ist."

[54]) LZ. 1921 Sp. 589 unter B 2.

[55]) Vgl. RG. Bd. 107 S. 219.

Grund berechtigt, die Leistung zu verweigern. Nach der Fälligkeit tritt der Preissturz ein. Der Käufer kann sich auf den Preissturz berufen.

Zusammenfassend kann man mit Krückmann[56]) sagen, daß es praktisch auf die Fälligkeit der übermäßig erschwerten Schuld ankommt. Erschwerung nach der Fälligkeit wird nicht beachtet, was inzwischen oder vorher mit der Gegenleistung geschehen ist, bleibt gleichgültig. Im Gegensatz zu Krückmann muß aber noch hinzugefügt werden: Eine Leistung ist nicht schon deshalb erschwert, weil die Gegenleistung nach dem Gefahrübergang ganz oder teilweise entwertet ist.

Über die Wirkungen einer beachtlichen Abweichung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung von der diesbezüglichen Vertragsbestimmung hat Oertmann folgendes ausgeführt: „Der durch die Verschiebung der Geschäftsgrundlage überlastete Vertragsteil sinnt dem Gegner zunächst eine angemessene Erhöhung des Nennbetrages der Gegenleistung an, und erst, wenn jener das Ansinnen nicht annimmt, kommt es zum Rücktritt oder der Wirksamkeit des mit dem Ansinnen bedingt ausgesprochenen Rücktritts.“ [57]) Dieser auch vom Reichsgericht vertretenen Regelung ist beizutreten. Das nach dem Vertrage gewollte Wertverhältnis kann wieder hergestellt werden, indem die nicht im Wert gestiegene Leistung entsprechend erhöht wird, aber diese Leistung wird dadurch, wie wir bereits gesehen haben, zu einer anderen als der im Vertrage festgelegten Leistung, infolgedessen ist der Schuldner zu dieser Erhöhung nicht verpflichtet. Will er daher seine Leistung nicht erhöhen, so ist das Vertragsverhältnis aufzulösen. Ist er dagegen zur Bewirkung der erhöhten Leistung bereit, so muß sich der Gegner damit abfinden. Ob man wie Oertmann und das Reichsgericht dem Schuldner der im Wert gestiegenen Leistung oder dem Gegner das Rücktrittsrecht gibt, ist an sich unerheblich.

Von Interesse ist die Frage, wie weit die nicht im Wert gestiegene Leistung zu erhöhen ist. Die Antwort auf diese Frage kann nach unseren früheren Ausführungen nur lauten: Die Leistung ist so weit zu erhöhen, als die Abweichung des tatsächlichen Wertverhältnisses von dem gewollten Wertverhältnisse die dem gewollten Vertragscharakter entsprechende Grenze übersteigt[58]). Beträgt also die zulässige Abweichung 10, die tatsächliche Abweichung 12, so ist die Leistung so weit zu erhöhen, daß die zulässige Abweichung von 10 nicht mehr über-

---

[56]) LZ. 1921 Sp. 590.
[57]) Oertmann, DJZ. 1925 Sp. 999.
[58]) So auch Nipperdey, Vertragstreue S. 31.

schritten wird. Wird diese Erhöhung abgelehnt, so zieht die Abweichung von 12 die Auflösung des Vertrages nach sich, während die Abweichung von 10 unerheblich ist. Man kann diesen Unterschied theoretisch noch krasser gestalten, wenn man nämlich annimmt, daß die tatsächliche Abweichung nicht 12, sondern nur 10,1 beträgt. Daran darf man sich nicht stoßen[59]). So seltsam und so weltfremd ist das Ergebnis nicht. Man stelle sich vor, daß der Druck in einem Dampfkessel allmählich erhöht wird. Ist die Höchstbelastung erreicht, so genügt eine an sich geringfügige Erhöhung des Druckes, um den Dampfkessel zur Explosion zu bringen und unsagbares Unheil anzurichten. Oder man stelle sich vor, daß eine gewaltige Brücke bis zur Grenze ihrer Tragfähigkeit belastet ist. Dann braucht, so seltsam das klingen mag, nur ein Gramm hinzukommen, um den gewaltigen Bau zum Einsturz zu bringen. Diese Vergleiche sind noch in anderer Hinsicht aufschlußreich. Die Höchstbelastung soll regelmäßig nicht erreicht werden. Man rechnet aber damit, daß sie einmal erreicht werden könnte. Darum wird die Brücke, darum wird der Dampfkessel, darum wird auch das Vertragsverhältnis so fest gebaut, daß sie die in Rechnung gezogene Abweichung aushalten können, ohne gesprengt zu werden.

Im Gegensatz zur Preissteigerung kommt es bei der Preissenkung nicht zu einer Auflösung des Vertragsverhältnisses. Hier kann nicht nur durch entsprechende Ermäßigung der Gegenleistung das gewollte Wertverhältnis hergestellt werden, sondern der Schuldner der so ermäßigten Leistung braucht auch nicht mehr zu leisten, als wozu er sich verpflichtet hat. Hat er sich verpflichtet, 1000 zu zahlen, so hat er sich damit auch verpflichtet, 500 zu zahlen.

§ 13.

Geldentwertung.

Von der Wertveränderung der Sachleistung unterscheidet sich die Veränderung der Geldschuld in zweifacher Hinsicht. 1. Bei der Wertveränderung einer Geldschuld handelt es sich immer um eine das ganze wirtschaftliche Leben des Staates ergreifende Massenerscheinung. 2. Es handelt sich fast ausschließlich um eine Entwertung der Geldschuld. Diese beiden Unterschiede, so bedeutsam sie auch sind, liegen jedoch außerhalb des einzelnen Schuldverhältnisses. Von größerer Bedeutung ist die Frage, ob sich aus der Natur der Geldschuld Unterschiede ergeben, die sich auf das Vertragsverhältnis selbst beziehen.

---

[59]) Siehe auch Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 151 f.

Die Geldschuld geht auf Leistung von Geldzeichen, von Geld. Das Geld hat dabei eine zweifache Bedeutung. Es ist Wertmesser und Wertträger. In beiden Eigenschaften wird es beim Vertragsabschluß wirksam. Als Wertmesser dient es bei der Bewertung der Sachleistung. Als Wertträger dient es zur Abgeltung der Sachleistung. Als Wertmesser erscheint es vor dem Vertragsschluß. Innerhalb des Vertrages ist es nur Wertträger und somit Gegenstand einer Sachleistung. Nur noch in einer Hinsicht spielt seine Eigenschaft als Wertmesser in den Vertrag hinein. Sie gibt an, welches Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, zwischen Sachschuld und Geldschuld gewollt ist. Wertträger kann die vertraglich festgelegte Geldsumme in zweifacher Weise sein: Träger des Wertes, den sie beim Vertragsabschluß hat, und Träger des Wertes, den sie jeweilig im Verkehre annimmt. M. a. W., das Geld kann Gegenstand einer Wertschuld oder einer Summenschuld sein. Ob das eine oder das andere gewollt ist, ergibt sich aus dem gewollten Charakter des Vertrages. Regelmäßig, aber nicht immer, z. B. nicht bei Wechseln, ist die Geldschuld als Wertschuld gewollt, d. h. die Parteien fassen den festgesetzten Geldbetrag als eine konstante Wertgröße auf. Daran kann nach den Erfahrungen der Inflation kein Zweifel sein: Im Jahre 1923 wurde bei allen Verträgen entweder eine Aufwertung der vertraglich festgesetzten Summe auf deren Wert beim Vertragsabschluß vereinbart, oder es wurde der Kaufpreis beim Kaufabschluß so hoch festgesetzt, daß er am Zahlungstage den Wert hatte, der als entsprechendes Entgelt für die Sachleistung beim Kaufabschluß ermittelt war. Wenn in ruhigen Zeiten die Verträge derartige Bestimmungen nicht enthalten, so liegt das daran, daß die Parteien solche Klauseln mit Rücksicht auf den voraussichtlichen Verlauf der Dinge für überflüssig halten, ja an eine Geldentwertung überhaupt nicht denken. Aus dem Fehlen der genannten Klauseln kann man hier daher nicht mit den Nominalisten folgern, daß die Parteien eine Summenschuld gewollt haben, deren Nennwert zwar der gleiche bleibt, deren innerer Wert aber große Schwankungen erfahren kann: „Es ist eine ungesunde Vorstellung, als habe der Geldgläubiger kontrahiert auf ein Ding von geheimnisvoller Wandlungsfähigkeit, das je nach dem Gange der von dem Gläubiger in untätiger Spannung zu beobachtenden Verhältnisse möglicherweise als schillernde Seifenblase in die Luft aufsteigen und zerplatzen kann.“ [60])

Tritt eine Entwertung der Geldleistung ein, so will Zeiler diese Entwertung berücksichtigen, auch wenn sie noch so gering ist [61]). Diese

---

[60]) Henle, Mark gleich Mark S. 10.
[61]) Zeiler, LZ. 1926 Nr. 13 Sp. 667.

Ansicht kann nicht gebilligt werden. Es läßt sich bei geringen Änderungen der Preise nicht mit Sicherheit feststellen, ob die Preisänderungen durch Änderungen auf der Seite des Geldes oder auf der Seite der Waren hervorgerufen worden sind [62]). Es ist aber auch nicht einzusehen, warum der Gläubiger der Geldleistung besser gestellt sein soll, als der Gläubiger der Sachleistung. Darum kann eine Geldentwertung nur dann und nur insoweit berücksichtigt werden, als sie eine Änderung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung über das nach dem Vertragscharakter zulässige Maß bewirkt. Darauf will auch das Reichsgericht hinaus, wenn es ausführt, daß keineswegs jede Geldentwertung eine Aufwertung rechtfertige, sondern daß nach § 242 BGB. eine Aufwertung nur dann in Frage komme, wenn die vereinbarte Papiermarksumme im Verhältnis zum Wert der Gegenleistung überhaupt keine Bedeutung mehr habe, oder doch in ihrem wirtschaftlichen Wert verschwindend gering geworden sei [63]).

Nußbaum meint, man verkenne die Aufgabe des Geldes, wenn man an die Stelle ziffernmäßig bestimmter Geldsummen ganz allgemein Beträge setzen wolle, die durch Umrechnung auf einen angeblich konstanten Wertmaßstab gewonnen sind, so daß der Schuldner mehr oder weniger zu zahlen hätte, je nachdem der Geldwert sich bis zur Fälligkeit senke oder hebe. Nußbaum würde mit diesen Ausführungen recht haben, wenn man mit Zeiler jede Geldentwertung berücksichtigen wollte: „Schon der Versuch, mit einer solchen Theorie Ernst zu machen, müßte zur allgemeinen Verwirrung führen." [64]) Gegen unsere Darstellungen greifen Nußbaums Ausführungen nicht durch. Denn Nußbaum verkennt selbst nicht, daß eine Geldentwertung zu so schweren wirtschaftlichen Störungen führen kann, daß ein Eingreifen des Gesetzgebers notwendig ist [65]). Da es sich bei der Verschiebung des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung infolge einer Entwertung der Geldleistung immer um eine Massenerscheinung handelt, wie wir bereits betont haben, so wird eine wirtschaftliche Störung in dem von Nußbaum bezeichneten Umfange immer vorliegen, wenn nach unserer Darstellung die Entwertung der Geldleistung Beachtung findet. Wenn daher durch die Durchführung unserer Grundsätze die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährdet werden sollte, so liegt das

---

[62]) So auch Helfferich a. a. O. S. 563 f.

[63]) RG. Bd. 110 S. 39, 140; LZ. 1924 S. 635; Deutsche Richterzeitung 1924, 444; Recht 1924 Nr. 1416; RG. Bd. 107 S. 129; JW. 1924 S. 1139 Nr. 4; RG. Bd. 108 S. 296; Soergel, Rechtspr. 1925 S. 31 Nr. 3; RG. Warneyer 1923/24, 177, 212, 216.

[64]) Nußbaum, Das Geld S. 71.

[65]) Nußbaum a. a. O. S. 121.

lediglich an der maßlosen Zerrüttung der Währung. Darauf hat bereits Goldschmidt hingewiesen[66]).

Eine andere Frage ist es, ob eine an sich erhebliche Geldentwertung auch dort zu berücksichtigen ist, wo ein Nennwertzwangskurs besteht, der Gläubiger also verpflichtet ist, das Geld zum Nennwert in Zahlung zu nehmen. Der Code Napoléon art. 1895 und ebenso das Niederländische Gesetzbuch Art. 1793 sowie der italienische Codice Civile art. 1821 schließen für das Darlehn — ein anderes Rechtsgeschäft kam bei den Verhältnissen zur Zeit der Abfassung des Code Napoléon nicht in Frage — jede Berücksichtigung der Geldentwertung aus: „S'il a eu augmentation ou diminuation d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme, dans les espèces ayant cours au moment du paiement." [67]) Auch Henle[68]), Heck[69]) und Nußbaum[70]) sind der Ansicht, daß der Zwangskurs den Gläubiger verpflichte, selbst stark entwertetes Geld als vollwertige Leistung hinzunehmen. Man könnte dieser Ansicht zustimmen, sofern die Geldentwertung sich in einigermaßen zu ertragenden Grenzen hält oder der Gesetzgeber durch Schaffung einer neuen Währung oder in anderer Weise das Geldwesen zu sanieren bestrebt ist. Dagegen ist die Ansicht völlig untragbar, wenn der Gesetzgeber seine Münzhoheit dazu benutzt, um sich eine Einnahmequelle zu verschaffen oder um eine Vermögensverschiebung unter seinen Staatsbürgern herbeizuführen[71]). Das Reichsgericht ist darum der Ansicht, daß die Währungsgesetzgebung mit der Anordnung des Nennwertzwangskurses für Papiergeld nur die mit dieser Anordnung gegebene Rechtsänderung rechtfertige, nicht auch „die dadurch im Zusammenhang mit der wechselnden Kaufkraft der sich entwertenden Papiermark hervorgerufene Vermögensverschiebung. Deren Regelung ist Sache des bürgerlichen Rechts und nach dem Grundsatz des § 242 BGB. vorzunehmen" [72]). Diese Ansicht wird von Michaelis geteilt[73]). Gegen sie sind mehrfach Bedenken erhoben worden. So betont z. B. Heck, daß die Aufrechterhaltung entwerteten Papiergeldes nicht möglich sei, wenn der Gläubiger einer alten Forderung schon wegen eines nach § 157 BGB. unterstellten Willens Aufwertung verlangen könne. Denn das würde er immer können. Eine solche zweckvereitelnde Nach-

[66]) Goldschmidt, Aufwertungskrise S. 9.
[67]) Code Napoléon art. 1895 Abs. 2.
[68]) Henle a. a. O. S. 15.
[69]) Heck, ArchZivPrax. N. F. 2 S. 214 f.
[70]) Nußbaum a. a. O. S. 124 f.
[71]) Vgl. Goldschmidt, Aufwertungskrise S. 9.
[72]) RG. Bd. 109 S. 242 f.
[73]) Michaelis a. a. O. S. 9 f.

sicht habe insbesondere dem Gesetzgeber von 1914 ferngelegen, wie die Behandlung der ausdrücklich vereinbarten Goldklausel zeige. Inhalt und Zweck des Währungsgesetzes ständen daher dem § 242 BGB. und jedem anderen Versuche entgegen, die Aufwertung alter Forderungen durch allgemeine Grundsätze zu begründen [74]). Auch Nußbaum meint, daß jedes formalrechtliche Prinzip an dem Maßstab von Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Einzelfalles nicht gemessen werden dürfe, wie sich aus der Behandlung der Formvorschriften und des Wechselrechts ergebe. Derartige formale Prinzipien, die den Nutzen der Allgemeinheit auf einer höheren Stufe zu verwirklichen suchen, müßten dem Vorteil des einzelnen übergeordnet werden. Das formale Nominalitätsprinzip sei aber mit der Aufgabe des Geldes im volkswirtschaftlichen Organismus eng verwachsen, weil nur kraft des Nominalitätsprinzips ein Rechnen mit Geld möglich sei [75]). Im gleichen Sinne bewegen sich die Bemerkungen von Krückmann zur Reichsgerichtsentscheidung JW. 1927 S. 663 f. Nr. 8.

Man wird diesen Ausführungen eine Berechtigung nicht absprechen können, soweit sie sich auf Geldentwertungen von nicht sehr großer Bedeutung beziehen, wie denn auch Nußbaum seine Ausführungen lediglich mit Rücksicht auf die in der Tat nicht leichte Grenzziehung auf jede Geldentwertung ausdehnt. Sobald die Geldentwertung so erheblich ist, daß eine Geldleistung keinen Wert hat, können die Bedenken jedoch nicht durchschlagen: „Die Ordnungsfunktion der festen Rechtsregel, die Ordnungsfunktion des Gesetzes oder der Vertragsbestimmung ist trotz der ungeheuren Bedeutung der Gebundenheit an Gesetz und Vertrag gegenüber der in der Billigkeit sich offenbarenden Gerechtigkeitsidee schließlich nur das Untergeordnete." [76]) Der Gesetzgeber von 1914 wollte mit seinen Währungsgesetzen das Papiergeld als vollwertiges Zahlungsmittel schaffen und erhalten. An eine größere Geldentwertung, als wie sie eine Kriegsführung regelmäßig mit sich bringt, hat er nicht gedacht, wie er denn auch überhaupt nur an eine kurze Kriegsführung geglaubt und mit den Ereignissen, wie sie der Ausgang des Krieges mit sich brachte, wohl nicht gerechnet hat. Es ist daher ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber den Nennwertzwangskurs auch für solche Geldentwertungen gewollt hat, wie wir sie im Jahre 1923 gesehen haben. Eine solche Absicht hat dem Gesetzgeber von 1914 ferngelegen. Es wäre ja auch unvernünftig gewesen, eine Währung halten zu wollen, die doch nicht zu halten war. Daher darf man ruhig sagen, daß der Nennwertzwangskurs sich durch die Entwicklung ausgeschaltet

[74]) Heck, ArchZivPrax. N. F. 2 S. 214 f.
[75]) Nußbaum a. a. O. S. 24 f.
[76]) Roth, LZ. 1920 S. 626.

hat und sich immer ausschalten wird, sobald die Geldentwertung übermäßig groß geworden ist. Das wird aber der Zeitpunkt sein, in dem auch innerhalb eines Vertragsverhältnisses die Spannung so groß geworden ist, daß sich der Charakter des Vertragsverhältnisses ändert.

Inwieweit ein Nennwertzwangskurs bindend ist, der auch für die Zeiten stärkster Geldentwertung gewollt ist, hängt davon ab, wie man das Verhältnis von Gesetz und Recht auffaßt. Diese Frage ist darum für die einschlagenden Fälle unseres Problems von größter Bedeutung, hat aber mit dem Problem selbst nichts zu tun.

Ist somit auch die auf einer Geldentwertung beruhende Veränderung des Vertragscharakters zu berücksichtigen, so erhebt sich die Frage, wie diese Berücksichtigung zu erfolgen hat. In dieser Hinsicht können wir feststellen, daß der gewollte Charakter sich durch die Aufwertung der Geldleistung vollständig wieder herstellen läßt. Diese auf die Auffüllung des ursprünglichen Wertes der vereinbarten Geldsumme abzielende Aufwertung erweitert die Leistungspflicht des Schuldners nur formell, nicht auch materiell, so daß der Schuldner nicht mehr leisten braucht, als wozu er sich im Vertrage verpflichtet hat[77]). Dabei ist die Aufwertung nicht bis zu einer solchen Höhe vorzunehmen, daß die Geldleistung ihren Wert z. Zt. des Vertragsabschlusses erreicht. Aufzuwerten ist vielmehr nur so weit, daß der gewollte Vertragscharakter hergestellt wird. Die zulässige Abweichung bleibt also bestehen[78]). In gleicher Weise verfährt auch das Reichsgericht. Jedoch konstruiert es statt der „zulässigen Abweichung" den „sogenannten allgemeinen Verarmungsfaktor", der im starken Maße in Betracht zu ziehen sei[79]). Diese Konstruktion ist nicht zu billigen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien oder der Gesamtheit[80]) haben mit dem gegenseitigen Vertrage nichts zu tun, und auch bei Anwendung von Treu und Glauben kann nur der Vertragsinhalt berücksichtigt werden. Im Grunde genommen handelt es sich denn auch beim Reichsgericht gar nicht um einen Verarmungsfaktor, weil dieser Abzug so gering ist, daß er regelmäßig weder der gewaltigen Verarmung der Parteien, die häufig ihr gesamtes Vermögen verloren haben, noch der Lage der Gesamtheit entspricht. Vielmehr beweist die Größe des Verarmungsfaktors, daß es sich lediglich um unsere „zulässige Abweichung" handelt.

[77]) So auch Oertmann, DJZ. 1925 Sp. 996; RG. Bd. 108 S. 297; Mügel, Aufwertungskommentar S. 144.

[78]) So auch Weygand a. a. O. S. 92; Rabel, JW. 1922 S. 704.

[79]) Vgl. z. B. RG. Gesetz und Recht 1926 S. 186 f.

[80]) Daher verfehlt auch RG. Bd. 101 S. 77: „Nur Rücksichten auf die allgemeine Lage können zur Aufhebung einer rechtsgültig übernommenen Verpflichtung führen."

Die Durchführung vorstehender Grundsätze stößt auf erhebliche Schwierigkeiten, um deren Hebung sich Henle bemüht hat: „Die Zahlung ist so zu leisten, wie wenn die Schuld nicht auf jene Vorkriegsmark gelautet hätte. Hätte die Schuld aber nicht auf die Vorkriegsmark gelautet, so würde sie nach dem maßgeblichen Parteiwillen nicht auf die jeweilige Mark schlechthin gestellt worden sein, sondern auf die jeweilige Mark in Höhe des mit der Vorkriegsmark getroffenen konstanten Anteils am jeweiligen Volksvermögen.“ [81]) Praktisch brauchbarer ist der Weg des Reichsgerichts: Es ist bei der Aufwertung der Tagespreis am Lieferungstage zugrunde zu legen [82]). Noch richtiger ist es freilich, wenn man nicht vom Tagespreis des Lieferungstages, sondern von dem des Zahlungstages ausgeht. Das Reichsgericht will dabei von der Geldentwertung die echte, auf der Warenkonjunktur beruhende Verteuerung unterscheiden. Theoretisch ist diese Unterscheidung berechtigt, ja notwendig, praktisch aber kaum durchführbar [83]).

Bei der Durchführung der Aufwertung wird sich häufig herausstellen, daß das von den Vertragsparteien gewollte Wertverhältnis schon beim Vertragsabschluß nicht vorlag, weil die Sachleistung irrtümlich zu hoch oder zu niedrig im Vertrage bewertet worden ist. Das Reichsgericht geht in diesen Fällen wohl richtig vor, indem es auch diese Abweichung mit berücksichtigt, so daß durch die Aufwertung das gewollte Wertverhältnis der Leistungen unter Abrechnung der zulässigen Abweichung hergestellt wird [84]).

Oertmann hat freilich recht, daß die ursprüngliche Abweichung anders behandelt werden muß, als die erst nachträglich entstandene [85]). Im letzten Falle ist der Schuldner der Geldleistung ohne weiteres zur Aufwertung verpflichtet, so daß eine Auflösung des Vertragsverhältnisses gar nicht in Frage kommt [86]), im ersteren dagegen ist der Schuldner berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Auflösung durch Aufwertung über den Wert der im Vertrag festgesetzten Summe abzuwenden [87]).

Es mag zum Schluß darauf hingewiesen werden, daß der Aufwertungsanspruch kein Bereicherungsanspruch ist, sondern lediglich aus der Veränderung des Wertes der Leistung folgt: „Zweck des im Ge-

---

[81]) Henle, Mark S. 12.
[82]) RG. JW. 1926 S. 790, 1799, RG. Bd. 108 S. 379, Bd. 109 S. 97, 242.
[83]) Vgl. S. 70.
[84]) RG. Bd. 107 S. 403, Bd. 109 S. 99, 163 f., Bd. 110 S. 377.
[85]) Oertmann, DJZ. 1925 Sp. 996 ff.
[86]) RG. Bd. 113 S. 138; JW. 1924 S. 1425; Recht 1924 Nr. 1107; DJZ. 1924 Sp. 230; JW. 1924 S. 804.
[87]) So auch Abraham, JW. 1926 S. 699 zu 4 als Ansicht des Reichsgerichts.

setz geregelten Bereicherungsanspruches ist, demjenigen, aus dessen Vermögen Werte ohne innerlich rechtfertigenden Grund in das Vermögen eines anderen übergegangen sind, diese Werte zu verschaffen, soweit der andere in seiner Vermögenslage durch jenen Übergang bereichert ist."[88]) Freilich sieht das Reichsgericht in der Aufwertung nicht eine besondere Anwendungsform der cl. r. s. st., sondern meint, daß Aufwertung und Klausel zwar ihre Wurzeln in dem gleichen wirtschaftlichen Vorgang der Entwertung der deutschen Währung hätten, daß sie aber in ihrer rechtlichen Natur und Geltendmachung voneinander verschieden wären[89]). Das trifft jedoch nicht zu. Die abweichende Ansicht des Reichsgerichts, die von vielen geteilt wird[90]), ist darauf zurückzuführen, daß das Reichsgericht als einzige Folge der Klausel das Rücktrittsrecht sieht[91]). Damit weicht es von der in der Klauselliteratur wohl herrschenden Meinung ab[92]). Überdies beruht die Aufwertung ebenso wie die cl. r. s. st. auf dem nach Treu und Glauben zu ermittelnden Vertragswillen, also auf der Vertragsauslegung. Die Abweichung des Reichsgerichts ist daher gegenüber unserer Darstellung der Klauselehre nur eine scheinbare.

V. Die clausula rebus sic stantibus im öffentlichen Recht.

§ 14.

Verwaltungsrecht.

Die clausula rebus sic stantibus ist, wenn auch weniger dem Namen[1]) als der Sache nach, auch dem Verwaltungsrechte wohl bekannt.

---

[88]) RG. Bd. 108 S. 120 f.; OLG. Hamburg, LZ. 1923 Sp. 134.

[89]) Reichsgericht, Warneyer, 1925 Nr. 82 S. 104.

[90]) Vgl. statt aller Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht S. 156. Die Begriffsbestimmungen der Aufwertung bei Quassowski a. a. O. S. 3 und RGRKommentar I. Bd. 1928 S. 368 geben für unsere Untersuchung nichts her. Über andere Auffassungen der Aufwertung (nachträgliche Änderung der Rechtslage aus politischen Erwägungen, revolutionäres Notrecht, allgemeine Umwertung aller Geldforderungen, allgemeine Arglisteinrede [Krückmann]) vgl. Mügel a. a. O. S. 176.

[91]) Vgl. RG. JW. 1925 S. 2597 ff.; RG. Plenarentscheidung vom 31. 3. 1925, RG. Bd. 110 S. 371.

[92]) Siehe außer Krückmann, der in den Klauselfällen keinen Rücktritt, sondern nur Leistungsverweigerung oder Kündigung zuläßt, noch Stahl, Oertmann, Locher, Nipperdey, Stampe, Siegwart; ferner Rabel, JW. 1922 S. 703.

[1]) So ist der Name z. B. nicht enthalten im Handwörterbuch der Kommunalwissenschaft 1918, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung 1911;

So bestimmt zum Beispiel § 58 der Reichsgewerbeordnung: „Der Wandergewerbeschein kann zurückgenommen werden, wenn sich ergibt, daß eine der im § 57 Z. 1—4, § 37a oder § 57b bezeichneten Voraussetzungen entweder zur Zeit der Erteilung desselben bereits vorhanden gewesen, der Behörde aber unbekannt geblieben, oder erst nach Erteilung des Scheines eingetreten ist." Diese Bestimmung entspricht vollständig unserer Darstellung der Klauselehre. Die Anordnung einer besonderen Zurücknahme statt der ipso jure-Wirkung ist schon aus verwaltungstechnischen Gründen notwendig und entspricht auch dem für das Verwaltungsrecht ganz besonders wichtigen Erfordernis der Schaffung klarer Verhältnisse. Einen anderen Klauselfall enthält § 25 GewOrdnung: „die Genehmigung zu einer der in den §§ 16 und 24 bezeichneten Anlagen bleibt so lange in Kraft, als keine Änderung in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte vorgenommen wird ... Sobald aber eine Veränderung der Betriebsstätte vorgenommen wird, ist dazu die Genehmigung der zuständigen Behörde ... notwendig ..." [2])

Wichtiger als die Feststellung der Fälle, in denen der Gesetzgeber unsere Lehre ausdrücklich anerkannt hat, ist auch hier die Frage, ob unsere Lehre allgemein im Verwaltungsrecht gilt, also auch dort, wo sie der Gesetzgeber nicht besonders anerkennt. Fleischmann meint, daß diese Frage grundsätzlich zu bejahen sei, daß sogar unsere Lehre, insbesondere soweit sie sich auf die nachträgliche Veränderung der Umstände bezieht, im Bereiche des Verwaltungsrechts von noch größerer Bedeutung sei als für den privatrechtlichen Verkehr [3]). Insbesondere sei auch der Widerstand gegen die Klausel, der in dem Mißtrauen gegen die Tätigkeit des Richters seine Wurzel gehabt habe, für das Verwaltungsrecht deshalb nicht möglich, weil für den Verwaltungsbeamten ohnehin ein weiter Spielraum für die Ausübung seines freien Ermessens gegeben sei. Fleischmann hat ferner auf einen sehr wichtigen und richtigen Umstand hingewiesen: Wenn die Interessen der Allgemeinheit die Änderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses erfordern, dann muß die öffentliche Rechtsordnung auch der Verwaltung einen Weg dazu bereitstellen. Gegen diese Ausführungen hat sich Josef gewandt [4]). Aber Josef bekämpft nur den Namen und die Existenz der clausula rebus sic stantibus als besonderes Rechtsinstitut. Er verkennt nicht, daß im Wege der Vertragsauslegung, nichts anderes

---

Wörterbuch des deutschen Staats- u. Verwaltungsrechts 1911; Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung; Hatschek, Institutionen des Verwaltungsrechts; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht.

[2]) Vgl. auch § 40 GewO.

[3]) Fleischmann, Gruch. Beitr. Bd. 61 S. 740 ff.

[4]) Josef, PrVerwBl. 1924 S. 436.

ist ja die Klauselleh re nach unserer Darstellung, einer Veränderung der Umstände Rechnung getragen werden könne. Richtig ist seine Bemerkung[5]), daß vielfach das öffentliche Interesse eher die Aufrechterhaltung als die Aufhebung der Verträge erfordere. Das gilt aber nach unserer Darstellung der Klauselleh re ganz allgemein.

Für den einseitigen Verwaltungsakt hat Schoen folgendes ausgeführt[6]): Der Zweck der Verfügungen[7]) ist die Herbeiführung eines bestimmten, im Gemeininteresse liegenden Erfolges. Stellt sich später heraus, daß dieser Erfolg nicht erreicht wird, oder daß das, was vordem im Gemeininteresse lag, dieses jetzt schädigt, so muß die Verwaltungsbehörde zur Abänderung oder Aufhebung ihrer Verfügung berechtigt sein. Dieses Recht besteht aber nur insoweit, als es anderen Rechtsgrundsätzen, insbesondere den Grundsätzen über den Schutz wohlerworbener Rechte, nicht widerspricht und auch nicht durch positive Einzelvorschriften ausgeschlossen ist.

Ähnliche Grundsätze vertritt auch das Preußische Oberverwaltungsgericht: Verfügungen, die nicht Rechte schaffen, sind frei widerruflich. Das freie Widerrufsrecht der Behörde gegenüber den Erlaubnisse erteilenden Verfügungen erlischt, sobald von der Erlaubnis Gebrauch gemacht ist. Wenn das öffentliche Interesse es unabweisbar verlangt, ist die Behörde stets zum Widerruf der Verfügung mit der Maßgabe berechtigt, daß das auf Grund der Erlaubnis Geschaffene nicht weiter fortgeführt werden darf und beseitigt werden muß[8]).

Ein Widerrufsrecht für den letzten Fall vertritt auch Tezner[9]) für das österreichische Recht: „Es wird darum angemessen sein, das Verhältnis so auszudrücken, daß die in das Gebiet der Gefahrenpolizei einschlagenden Konsense, wie der Verwaltungsgerichtshof[10]) sagt, mit der Klausel rebus sic stantibus oder, wie man auch sagen könnte, mit den Klauseln experientia sic stante und salvo errore et ommissione behaftet sind."

Aufschlußreich ist auch die Entscheidung des Preuß. OVG. Bd. 57 S. 45: „Es ist anerkannten Rechtes, daß, wenn die Polizeibehörde einen dem positiven Baurechte nicht widersprechenden Bau nach pflichtmäßigem Ermessen genehmigt hat, sie die Erlaubnis, sei es aus eigener Erwägung, sei es auf Anweisung der Aufsichtsbehörde, jedenfalls nach Beginn der Bauausführung nicht bloß deshalb zurücknehmen darf, weil

---

[5]) Ebenda S. 437.
[6]) Schoen a. a. O. S. 120 ff.
[7]) Von den sog. Feststellungsverfügungen wird abgesehen.
[8]) Vgl. Schoen a. a. O. S. 143.
[9]) Tezner a. a. O. S. 163.
[10]) Vorher S. 159 zitiert.

sie nachträglich zu der Überzeugung gelangt, daß sie sich in dem ihr zustehenden freien Ermessen geirrt habe und daß die Verhältnisse anders zu beurteilen sein, daß vielmehr dem Widerruf ein objektiv erkennbares polizeiliches Motiv zugrunde liegen muß, welches einer in den in Betracht kommenden Beziehungen veränderten Sach- und Rechtslage entspringt. (OVG. Bd. 24 S. 344, 349 ff., Bd. 408, 377, Bd. 39 S. 365, 367, Beltz, Baupolizei, 4. Aufl. S. 147.) Diese Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn der Widerruf der Bauerlaubnis ausdrücklich und — weil die Bauerlaubnis auch ganz hätte versagt werden können — zulässigerweise vorbehalten worden ist."

Wie die vorstehenden Ausführungen beweisen, tritt im Verwaltungsrecht der Schutz der „wohlerworbenen Rechte" stark in den Vordergrund, so daß bei den einseitigen Verwaltungsakten für die Klausel kein großer Spielraum bleibt. Anders ist es dagegen bei den auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtes abgeschlossenen Verträgen[11]). Häufig werden von Gemeinden und anderen Verbänden Verträge über Verwaltungsaufgaben geschlossen, die den Verbänden vom Staate zu gemeinsamer Erledigung übertragen worden sind, oder über die sie auf Grund ihres Selbstverwaltungsrechtes frei verfügen können, z. B. über die Errichtung gemeinsamer Schulen, Bau und Unterhaltung von Wegen und Brücken. Diese Verträge ändern an der öffentlichrechtlichen Natur des durch den Vertrag geregelten Rechtsverhältnisses nichts und sind selbst öffentlichrechtlicher Art[12]). Auch die zwischen den Straßenbahnunternehmern und den Wegeunterhaltungspflichtigen, insbesondere den Städten und Landgemeinden, im Rahmen des die Benutzung des Wegekörpers regelnden Vertrages getroffenen Tarifvereinbarungen tragen öffentlichrechtlichen Charakter[13]). Darüber hinaus haben auch diese Verträge noch einen besonderen, bestimmten Charakter. Weicht von diesem Charakter der Charakter des Vertragsverhältnisses ab, so treten unsere allgemein aufgestellten Grundsätze ein. Auch hier ist nach Möglichkeit der gewollte Charakter des Vertragsverhältnisses herbeizuführen, sofern dadurch eine Auflösung des Vertrages vermieden werden kann[14]).

---

[11]) Auf die von Burchhardt, Der Vertrag im Privatrecht passim, insbes. S. 44, 68 ff., 88 gegen den Begriff des öffentlichrechtlichen Vertrages erhobenen Bedenken soll hier nicht weiter eingegangen werden. Die Streitfrage ist für unsere Untersuchung bedeutungslos.

[12]) Vgl. Josef, PrVerwBl. 1924 S. 436.

[13]) RG. Bd. 92 S. 312.

[14]) Vgl. KG. ROLG. 33 S. 200; für das französische Verwaltungsrecht vgl. Wahl a. a. O. Nr. 1281, Nr. 1020; DJZ. 1925 Sp. 773; Grimm, Einwirkung S. 60.

§ 15.

Staatsrecht.

Die Lehrbücher des Staatsrechts schweigen sich über die clausula rebus sic stantibus als Erscheinung des Staatsrechts völlig aus[15]). Trotzdem ist die Klausel auch für das Staatsrecht von Bedeutung. Man denke nur an den Bundesstaat, in dem Verträge zwischen dem Bund und dem Gliedstaat und zwischen den Gliedstaaten untereinander keine Seltenheit sind. Diese Verträge gehören dem Staatsrecht an, also nicht dem Völkerrecht und auch nicht dem Verwaltungsrecht[16]). Es ist nicht abzusehen, warum nicht auch hier der Umstand von Bedeutung sein soll, daß die zwischen dem Bund und dem Einzelstaat und den Einzelstaaten untereinander bestehenden Vertragsverhältnisse einen anderen als den gewollten Charakter annehmen. Insbesondere kann auch hier das Synallagma, der Gesichtspunkt des zwischen den Parteien gewollten Interessenausgleiches, von Bedeutung sein. Freilich handelt es sich bei den Staatsverträgen nicht um Massenerscheinungen, bei denen sich das Wesentliche von dem Unwesentlichen mit Hilfe der Verkehrsauffassung ohne erhebliche Schwierigkeiten trennen läßt. Daher kann die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis den gewollten Charakter hat, ob also neu auftretende Umstände dem Vertragsverhältnis einen anderen als den gewollten Charakter geben, überaus schwierig sein. Dieser Umstand kann eine Partei verleiten, sich auf die Klausel zu berufen, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind. Aber diesem Übelstand wird dort vorgebeugt, wo eine Partei sich die richterliche Nachprüfung ihrer Begründung gefallen lassen muß. So hat denn auch der Staatsgerichtshof des Deutschen Reiches kein Bedenken getragen, die Aufhebung oder Abänderung von Staatsverträgen der deutschen Länder untereinander wegen durchgreifender Veränderung der den Verträgen zugrunde liegenden staatsrechtlichen Verhältnisse zuzulassen[17]). Dabei

---

[15]) So z. B. Kelsen, Allgemeine Staatslehre 1925; Jellinek, Allgemeine Staatslehre 1922; Meyer-Anschütz, Lehrbuch; Hatschek, Deutsches und Preußisches Staatsrecht.

[16]) Wie im Text Giese a. a. O. S. 206: „Keine auswärtige Verwaltung bilden die staatsrechtlichen Beziehungen des Reiches zu den Ländern, der Länder zum Reiche sowie der Länder untereinander in gesandtschaftlicher, konsularischer und staatsvertraglicher Beziehung." Ebenso Anschütz, Reichsverfassung S. 237 Nr. 2. Anderer Meinung Meyer-Anschütz, Lehrbuch § 188.

[17]) Staatsgerichtshof des Deutschen Reiches in Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 112 S. 28 f. Nr. 3 (Anhang), Entscheidung vom 29. 6. 1925 i. S. Freie Hansestadt Bremen gegen Land Preußen.

stellt auch der Staatsgerichtshof die Entscheidung auf den Vertragscharakter ab[18]).

Bei der sorgfältigen Vorbereitung der Staatsverträge wird es nicht häufig vorkommen, daß ein Vertragsverhältnis den gewollten Charakter von Anfang an vermissen läßt. Infolgedessen wird die Nichtübereinstimmung zwischen Vertragsverhältnis und Vertrag regelmäßig, wenn nicht gar immer, auf einer Veränderung der Umstände beruhen.

Die clausula rebus sic stantibus ist weiterhin auf die Gesetze des Staates anzuwenden.

Wenn die durch ein Gesetz zu regelnden Verhältnisse anders sind oder geworden sind, als der Gesetzgeber sie sich bei Erlaß des Gesetzes vorgestellt hat, so kann die Anwendung dieses Gesetzes zu offenbaren Ungerechtigkeiten führen und den Willen des Gesetzgebers in sein Gegenteil verwandeln. Die Abänderung oder Aufhebung des Gesetzes durch den Gesetzgeber würde hier naheliegen. Der Gesetzgeber arbeitet indes so schwerfällig, daß man ihn für die Aufhebung oder Abänderung eines Gesetzes nur dann in Anspruch zu nehmen pflegt, wenn wichtige Interessen des Staates auf dem Spiele stehen oder mächtige Interessenverbände auf Abhilfe drängen. Im übrigen bleibt es der Rechtsanwendung überlassen, das verfehlte Gesetz durch geeignete Auslegung unschädlich zu machen. Damit erhält der Richter, bei dem letzten Endes die Entscheidung ruht, Pflicht und Befugnis, ein mit der Wirklichkeit im Widerspruch stehendes Gesetz nicht oder nur mit Einschränkungen anzuwenden. Diese Pflicht und Befugnis hat der Gesetzgeber zuweilen ausdrücklich anerkannt. So bestimmt z. B. § 4 der Reichsabgabenordnung, daß bei Auslegung der Steuergesetze ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen sind, eine Vorschrift, die ausweislich der Zusammenstellung bei Becker[19]) bereits vielfach angewandt worden ist. Aber auch Vorschriften wie § 1 aBGB., § 1 Entwurf I z. BGB., § 1 schweiz. ZGB., Art. 10 der bulgarischen ZPO. von 1891[20]) und Art. 92 der Prozeßordnung des Griechisch-Deutschen Gemischten Schiedsgerichtshofs[21]) sowie die Bestimmungen über die Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte ermöglichen die Nichtanwendung eines verfehlten oder überholten Gesetzes. Jedoch ist das Vorhandensein solcher Bestimmungen keineswegs notwendig; vielmehr ist der Richter „kraft seines Amtes verpflichtet, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden

[18]) Ebenso das Schweizerische Bundesgericht. Entsch. Bd. 8 S. 57.
[19]) Becker, Reichsabgabenordnung S. 31 ff., besonders S. 64 f.
[20]) Siehe JW. 1921 S. 165.
[21]) Siehe RGBl. 1920.

der Allgemeinheit dergestalt in Widerspruch steht, daß durch Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein würde, als auch durch deren Außerachtlassung“[22]; „was offenbar ungerecht ist, was handgreiflich unvernünftig oder barer Unsinn ist, oder geworden ist, das kann überhaupt nicht mehr als der (amtliche) Ausdruck des Rechtes, was es doch sein soll, betrachtet werden. Der Richter, der sich nicht darüber hinwegsetzt, macht sich lächerlich, trotz aller Gesetzestreue, er wird schlechterdings nicht mehr verstanden von seinen Rechtsgenossen, weil man wohl versteht, daß auch Unbilliges, aber nicht, daß offenbare Ungerechtigkeit Recht sein kann“[23]; „woran der Richter in letzter Linie gebunden ist, was die letzte Instanz für ihn bildet, das sind ... die Zweckvorstellungen und Wertungen des Gesetzgebers. Ist nun erkennbar, daß das Gebot, so wie man es schließlich gefaßt hat, den Zweckvorstellungen nicht entspricht, so muß eine Korrektur möglich sein. Besonders häufig wird es vorkommen, daß gewisse Fälle, die unter das Gebot fallen, wegen ihres seltenen Vorkommens nicht berücksichtigt sind“[24]). Der dritte Senat des Reichsgerichts hat zwar erklärt, daß grundsätzlich der Richter nicht befugt sei, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetze seines Inhaltes wegen die Anwendbarkeit zu versagen[25]). Diese Erklärung bezieht sich jedoch nicht auf unsere Frage, sondern wendet sich gegen die außerhalb des Rahmens unserer Untersuchung liegende Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen die unrechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt, zu welcher sich kurz vorher der Richterverein am Reichsgericht in einer Kundgebung bekannt hatte[26]).

§ 16.

Völkerrecht.

Die Geltung der clausula rebus sic stantibus im Völkerrecht wird von Lammasch[27]), Strupp[28]), Kelsen[29]), Bruno Schmidt[30]), v. Waldkirch[31]), Triepel[32]), Zorn[33]), Gemma[34]), Salvioli[35])

[22]) Reichel, Gesetz und Richterspruch S. 142.
[23]) Burckhardt, Lücken S. 105.
[24]) Rümelin, ArchZivPrax. N. F. Bd. 2 S. 291.
[25]) RG. DJZ. 1924 S. 210.
[26]) Vgl. Goldschmidt, JW. 1924 S. 247.
[27]) Lammasch a. a. O. S. 336.
[28]) Strupp, Theorie u. Praxis S. 71.
[29]) Kelsen a. a. O. S. 224 f.
[30]) Bruno Schmidt a. a. O. S. 93.
[31]) v. Waldkirch a. a. O. S. 222 f.
[32]) Triepel a. a. O. S. 30.
[33]) Zorn a. a. O. S. 514.
[34]) Gemma a. a. O. S. 216.
[35]) Salvioli a. a. O. p. 275.

und Nys[36]) bestritten. Auch die Vertreter der Großmächte haben auf der Londoner Konferenz von 1871 sich gegen die Geltung der Klausel im Völkerrecht ausgesprochen: Es sei ein wesentliches Prinzip des Völkerrechts, daß keine Macht sich von den Verpflichtungen eines Vertrages lossagen oder sie auch nur abändern dürfe außer mit Zustimmung aller Vertragsteile und infolge freundschaftlichen Verständnisses[37]).

Diese Ablehnung der Klausel wendet sich im Grunde genommen nur dagegen, daß eine Partei den Klauselgedanken mißbraucht und unter Berufung auf irgendwelche unerheblichen, aber aufgebauschten Veränderungen sich von einem Vertrage lossagt. Gegen die Berücksichtigung der im Sinne unserer Darstellung erheblichen Veränderungen[38]) richtet sich die Ablehnung nicht, mag auch hier und da die Ablehnung der Klausel aus Furcht vor einem Mißbrauch ganz allgemein ausgesprochen sein.

So führt z. B. v. Waldkirch aus, mit der Ablehnung der Klausel sei nicht gesagt, daß im Völkerrecht erhebliche Änderungen der Verhältnisse überhaupt keine Wirkungen haben könnten. Er meint nur, daß sich kein Staat ohne weiteres von seinen Verpflichtungen lossagen könne, sondern daß er sich mit dem anderen Staate ins Einvernehmen setzen müsse. Wir sehen, hier klingt das durch, was wir oben[39]) näher ausgeführt haben. Läßt sich das Vertragsverhältnis so umändern, daß es den gewollten Charakter wieder annimmt, so können sich die Parteien nicht vom Vertrage lossagen. Läßt sich der Charakter nur unvollständig, nämlich nur auf Kosten einer Partei herbeiführen, so muß dieser die Möglichkeit gegeben werden, den Vertrag in der insoweit abgeänderten Form aufrechtzuerhalten. Ist auch das nicht möglich, so bleibt freilich nur die Auflösung übrig.

Auch Gemma lehnt eine Berücksichtigung der veränderten Umstände nicht schlechtweg ab: „Ciò non esclude che, quando il contenuto del patto sia tale da far presumere che le parti non abbiano inteso di stabilire uno stato di cose permanente, non si esca dalla più coretta interpretazione della volontà contrattuale attribuendo a certi mutamenti effetti restitutivi. In tal senso resta sempre fondamentale, benchè poi tanto fraintese, l'affermazione del nostro grande Machiavelli (Principe XVIII) non potersi ‚osservare la fede quando tale osservanzia torni contro, e sono spente le cagioni che la fecero promettere'." [40])

---

[36]) Nys a. a. O. p. 49 ss.

[37]) zitiert bei Lammasch, Artikel rebus sic stantibus-Klausel im Wörterbuch des Völkerrechts.

[38]) Eine ursprüngliche Abweichung kommt auch hier kaum in Frage.

[39]) Siehe S. 43 ff.

[40]) Gemma a. a. O. S. 217.

Ebenso klingen Bruno Schmidts Ausführungen an unsere Darstellung an. Denn wenn Schmidt ausführt, daß der spezifisch juristische Satz pacta sunt servanda zwar auch bei einem vollständigen Umschwung der Verhältnisse Geltung beanspruche, aber in seiner Wirkung durch das bloß faktisch sich betätigende Gesetz der Berücksichtigung der neugeschaffenen Verhältnisse partiell eingeengt werde[41]), so kann das doch nur dahin verstanden werden, daß ein Vertragsverhältnis nach allgemeiner Anschauung nicht auch als für den vorliegenden Fall von den Parteien gewollt angesehen wird. Bruno Schmidt meint sogar, und damit stimmt er mit uns völlig überein: „Daß das der Klausel recht eigentlich zugrunde liegende Prinzip von der Berücksichtigung des wahren und tiefsten Parteiwillens manchmal auch dort nach Geltung ringt, wo absolut kein Wechsel in den früheren Verhältnissen stattfand, sondern umgekehrt alles beim Alten blieb, diese ... Idee liegt der herrschenden Ansicht völlig fern."[42])

Die Deklaration der Londoner Konferenz ist, wie E. Kaufmann nachgewiesen hat[43]), trotz ihrer allgemeinen Fassung lediglich auf den konkreten Fall zugeschnitten. Zudem gibt sie nur einseitig den englischen Standpunkt wieder. Sie wird auch von Bismarck nicht geteilt, der sich ausdrücklich zur Klausel bekennt: „Die clausula rebus sic stantibus wird bei bei Staatsverträgen, die Leistungen bedingen, stillschweigend angenommen."[44])

Überdies hat sich das völkerrechtliche Schrifttum mit erdrückender Mehrheit für die Geltung der Klausel ausgesprochen[45]).

Wenn wir die einzelnen völkerrechtlichen Darstellungen der Klauselehre durchgehen, so können wir feststellen, daß die Anhänger der völkerrechtlichen cl. r. s. st. durchaus nicht jede Veränderung der Umstände berücksichtigt wissen wollen, sondern nur die erheblichen. Welche Veränderungen aber erheblich sind, läßt sich auch im Völkerrecht nur vom Gesichtspunkte des Vertragscharakters aus feststellen.

So führt z. B. E. Kaufmann aus, daß der Wesenszweck des Vertrages die Grenze zwischen den juristisch erheblichen und den unerheblichen Motiven bestimme. „Der Sinn der cl. r. s. st. als stillschweigender Voraussetzung jedes Vertrages ist ... der, daß die Verpflichtung, die man mit einem Rechtsgeschäft eingeht, keine unbedingte ist, sondern

---

[41]) Bruno Schmidt a. a. O. S. 111.
[42]) Bruno Schmidt a. a. O. S. 18.
[43]) a. a. O. S. 12 ff.; zustimmend Anzilotti a. a. O. S. 409.
[44]) Bismarck a. a. O. Bd. II S. 258.
[45]) Siehe außer den im folgenden Genannten z. B. noch Bonfils-Fauchille a. a. O. S. 383 ff. (auch mit Beispielen aus der neuesten Zeit); Heffter-Geffken a. a. O. S. 211; Ullmann, Völkerrecht S. 285 f.

ihre Begrenzung in dem findet, was dem verpflichteten Kontrahenten auf Grund seines dem Wesenszweck eines bestimmten Vertragstypus erstrebenden Wirkungswillen zugemutet werden darf."[46])

Auch v. Liszt läßt bei Verträgen, die im Hinblick auf einen bestimmten tatsächlichen Zustand und unter Voraussetzung seiner Fortdauer geschlossen worden sind, eine wesentliche Veränderung dieses Zustandes auf den Bestand des Vertragsverhältnisses von Einfluß sein[47]).

Jellinek unterscheidet entsprechend zwischen wesentlichen und unwesentlichen Voraussetzungen des Vertrages, wobei er auch dem Irrtum einen Einfluß auf das Vertragsverhältnis zuschreibt[48]).

Cavaglieri[49]) fordert gleichfalls eine wesentliche Veränderung der Umstände: „già dissi come non ogni mutamento di circostanze, ma soltanto un mutamento, che alteri gravemente la situazione primitiva, sia sufficiente per sciolgiere i contraenti dal legame contratto."

Ebenso stellt es Anzilotti auf die Auslegung des Vertrages ab: È una questione d'interpretazione della volontà. Il diritto internazionale fa derivare dal trattato obblighi e pretese in considerazione della volontà delle parti; queste, in altri termini, sono obbligate se vollero ed in quanto vollero obbligarsi. Se determinate circostanze di fatto o di diritto sono state da loro considerate come un presupposto delle obbligazioni assunte, il venir meno di quelle implica che non si è più nei limiti della volontà espressa nel trattato, che alle dette circostanze condizionò l'assunzione di quei dati obblighi. Anche qui, come per la guerra, si può dire che non è il cambiamento delle circostanze, come tale, che estingue il trattato; è la volontà delle parti che condiziona risolutivamente il trattato al persistere di date circostanze, nelle quali e per le quali fu stipulato. ... Determinare se, in un dato caso, certe circostanze furono assunte come un presuposto del trattato o di singole stipulazioni in esso contenute, è questione di fatto: la ragione e lo scopo del trattato, la sua durata, la facoltà o meno di denunciarlo entro termini prestabiliti, sono, insieme con la natura e l'entità delle circostanze e dell'avvenuto cambiamento, gli elementi precipui per risolverla. ... Essenziale, in ogni caso, è che le circostanze che sono mutate fossero state considerate dalle parti come il presupposto delle loro stipulazioni. ... Così intesa, la clausola rebus sic stantibus non infirma affatto il principio del rispetto ai trattati e non merita quindi le critiche che le sono state mosse da questo punto di vista[50]).

---

[46]) E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts S. 110, vgl. auch S. 103.
[47]) v. Liszt a. a. O. S. 265.
[48]) Jellinek, Allg. Staatslehre S. 742 Anm. 1.
[49]) a. a. O. p. 127.
[50]) Anzilotti a. a. O. S. 412 f.

Nicht anders ist es, wenn Gessner, Bluntschli, Moore und Olivi die Anwendbarkeit der Klausel von dem Wegfall der Vertragsgrundlage, der „basis of the treaty", der „base essentielle" abhängig machen[51]). Westlake[52]), Piédelièvre[53]), Hall[54]) und Despagnet[55]) drücken sich zwar weniger scharf aus, lassen aber immerhin noch erkennen, daß es auch ihnen auf das, was wir Vertragscharakter genannt haben, ankommt.

Andere Schriftsteller, wie z. B. Oppenheim[56]) und Fenwick[57]), lassen entscheidend sein, ob die Macht- und Interessenlage, die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestand, sich so geändert hat, daß wesentliche Bestimmungen des Vertrages mit dem Selbsterhaltungsrecht der Parteien nicht in Einklang zu bringen sind. Wir sehen auch hier, daß der Vertragscharakter den Ausschlag gibt.

Bonucci, der das hedonistische Prinzip zugrunde legt, sieht in der Klausel eine juristische Norm, „welche aus einer zwischenstaat-

---

[51]) Vgl. E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts S. 80 f.; siehe auch Cohen, JW. 1916 S. 111.

[52]) Westlake a. a. O. S. 284: almost all theorists agree that to many treaties the tacit condition rebus s. st. is attached: they were concluded in and by reason of special circumstances and when those circumstances disappear there arises a right to have them rescinded.

[53]) Piédelièvre a. a. O. Bd. 1 S. 311: si les circonstances viennent à changer, s'il devient évident que la convention n'eût pas été signée dans la prévision des événements survenus, l'Etat qui souffre des stipulations qu'elle contient recouvre le droit de s'en dégager.

[54]) Hall a. a. O. S. 407: Neither party to a contract can make its binding effect dependent at his will upon conditions other than those contemplated at the moment when the contract was entered into, and on the other hand a contract ceases to be binding so soon as anything which formed and implied condition of its obligatory force at the time of its conclusion is essentially altered.

[55]) Despagnet a. a. O. S. 707 (Nr. 455): faute de cause relative à la faculté de dénonciation, celle-ci n'en existe pas moins en faveur des Etats contractants — — — Les cas où la dénonciation des traités est légitime peuvent se ramener à trois principaux ... b) quand les circonstances qui ont motivé le traité ont changé et enlèvant à l'ancien accord sa raison d'être.

[56]) Oppenheim International Law Vol I, 1920; § 539 zit. bei Fenwick a. a. O. S. 347: when the existence or the necessary development of a State stands in unavoidable conflict with such State's treaty obligations, the latter must give way, for self-preservation and development in accordance with the growth and necessary requirements of the nation are the primary duties of every state.

[57]) Fenwick a. a. O. S. 344 f.: This rule is logically deducible from the primary right of self-preservation that a state cannot be presumed to have bargained away any part of its international personality unless it has done so in clear and explicit terms. Hence it is an implied condition that the treaty must never, by reason of any change of circumstances, have such an effect.

lichen Gewohnheit hervorgeht und welche eine jede der Parteien von bestimmten Tätigkeiten wegen ihrer normalen seelischen Unmöglichkeiten befreit, indem sie besagt, daß kraft der Auslegung des Vertrages kein darauf bezüglicher Anspruch angenommen werden kann. Eine Änderung mehr in der Kategorie der Wertung als der objektiven Umstände ist es, auf welche sich die Klausel bezieht“ [58]).

Die wohl herrschende Meinung schreibt der völkerrechtlichen clausula rebus sic stantibus keine ipso jure-Wirkung zu, verlangt vielmehr eine ausdrückliche Kündigung des Vertrages unter Darlegung der veränderten Verhältnisse. Diese den Bedürfnissen des Völkerrechts entsprechende Regelung hat Cavaglieri eingehend dargestellt: „Lo Stato, che si sente troppo aggravato da un'obbligazione che nuoce alla sua esistenza ed al suo sviluppo, chiederà alle altre parti contraenti che consentano all'abrogazione del trattato, o di quelle clausole di esso, che l'offendono. Nella sua domanda, esso dovrà naturalmente non soltanto affermare, ma provare nel modo più limpido e completo che le circostanze sono mutate, e che il nuovo stato di cose gli è divenuto intollerabile.

E gli altri Stati? Essi consentiranno, oppure rifiuteranno di aderire alla richesta. Nel primo caso le esigenze del diritto saranno pienamento soddisfatte, e lo scioglimento dell'obbligazione avverrà nel modo migliore, coll'accordo e il consenso delle parti. Ed io penso che, quando i motivi addotti sieno veramente convincenti, gli altri Stati crederanno giusto e prudente insieme di aderire.

Che se, per una ragione o per l'altra, rifiutassero, allora il diritto non sa trovare altri mezzi per provvedere, poichè nessun giudice esiste al di sopra delle nazioni, e tutto il diritto internazionale si fonda sul consenso degli Stati.

Entrano quindi in campo elementi affatto antigiuridici.

Se lo Stato, che afferma di sentirsi aggravato dalla convenzione, è debole e piccolo, le proteste ed il rifiuto degli altri contraenti lo costringeranno probabilmente a chinare la fronte.

Se invece è potente e forte d'armi, esso si proclamerà sciolto egualmente dall'obbligazione, e pronto a ricorrere alla guerra, ove gli altri Stati pretendano di constringerlo all'esecuzione del trattato. La sua potenza e le sue minaccie sortiranno probabilmente il loro effetto, poichè la voce del più forte ha ancora molto valore nella vita internazionale.“ [59])

---

[58]) Bonucci a. a. O. S. 465.

[59]) Cavaglieri a. a. O. p. 129 s.; vgl. ferner E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts S. 220; Waldkirch (siehe S. 82); Bonfils-Fauchille a. a. O. p. 384; Anzilotti a. a. O. S. 413—416.

Lebenslauf.

Ich bin am 1. Januar 1903 als Sohn des Monteurs Josef Wacup zu Dortmund geboren, katholisch und preußischer Staatsangehöriger.

Am 16. Februar 1922 habe ich an der städtischen Oberrealschule zu Dortmund nach neunjährigem Besuch der Anstalt die Reifeprüfung abgelegt. Vom Sommersemester 1922 bis zum Wintersemester 1925 habe ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster sechs Semester lang Rechtswissenschaft studiert und darauf am 14. und 16. Dezember 1925 vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung abgelegt. Seit dem 15. April 1926 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Die mündliche Doktorprüfung hat am 14. November 1927 stattgefunden.

Josef Wacup.